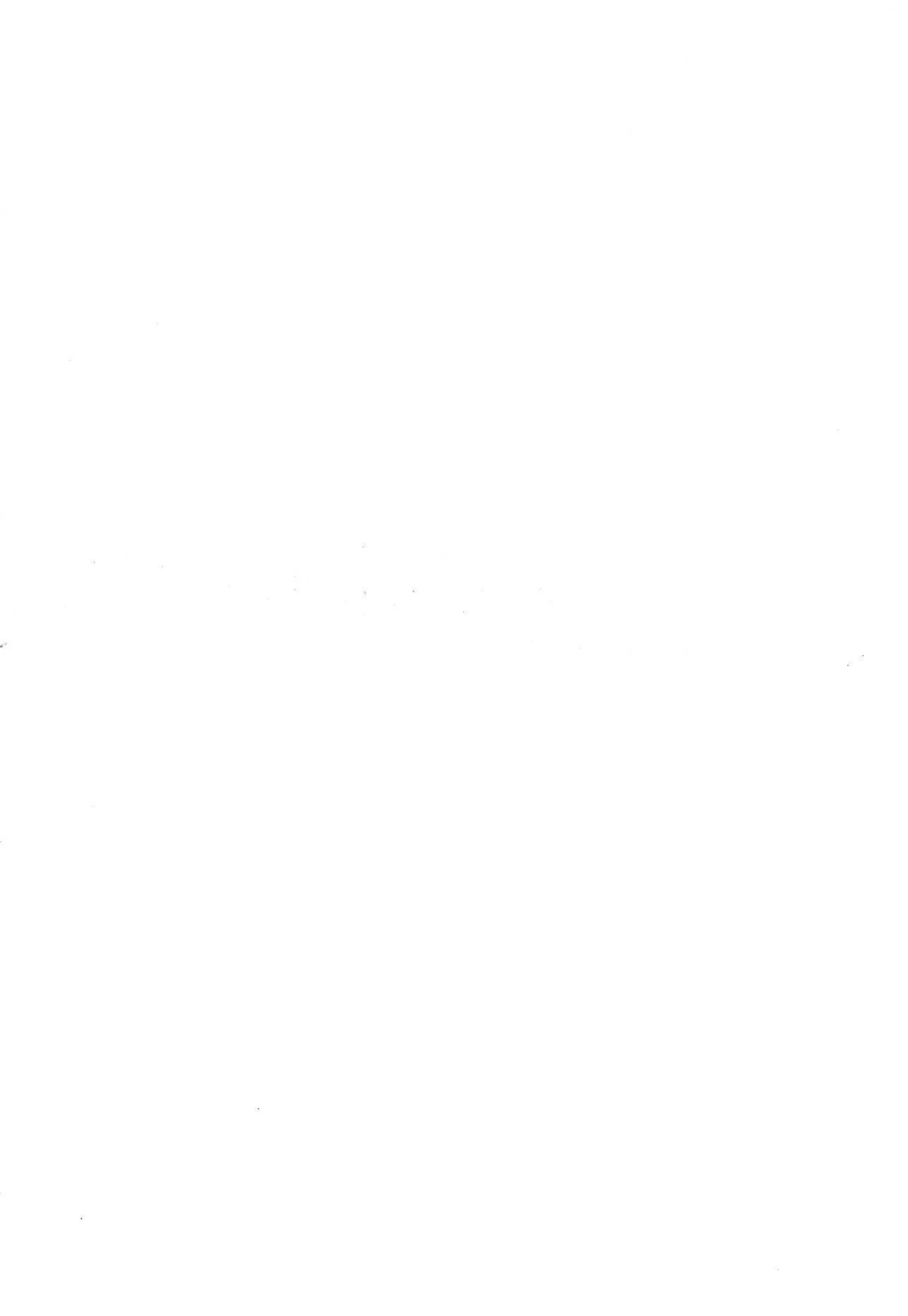
الدكتور عبدالله مصطفى



بسم الله الرحمن الرحيم



الإهداء

عبقري يترعرع بين أرباض الحجاز وينهل من ينابيع العلم والحكمة في طيْبة يثرب. ثم يزور بغداد استاذاً مجتهداً فيصوغ أول سِفر على وجه الأرض في علم اصول القانون.

أما السفر فهو كتاب «الرسالة». وأما العبقري فهو محمد بن إدريس اَلشافعي الذي أخذ أول أنفاسه الطيّبة عام خمسين ومائة من الهجرة ولفظ آخرها عام اربعة ومئتين.

فإليك أيها الإمام الشافعي يهدي تلميذ من تلاميذك بعد ألف عام ومئتين هذا الكتاب المسمى «علم اصول القانون».

مقدمة الكتاب

أصوغ هذا الكتاب وأنا استاذ قانون في «الكلية الجامعة» «الجامعة المستنصرية» ببغداد. وقد طلب إلي تدريس مادة «اصول القانون» بعد ان أصاب تدريسها غير قليل من الوهن. فوجدت بين يدي كتاباً في الاصول كان ألفه صاحب المعالي الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا، واشترك معه في الجمع والتأليف الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، وهذا هو المسمى «اصول القانون - أو المدخل لدراسة القانون».

والحق ان السنهوري كان هو الذي أدرج اصول القانون بين دروس القانون في كلية الحقوق (القانون) العراقية حين استقدم هو عميداً لها. وهو الذي تولى تدريس المادة الجديدة. ثم نسج على منواله الاساتذة الذين تواردوا على تدريس المادة والإعتماد على الكتاب. فلما تفحصت الكتاب وجدته مبنياً على عائبتين فادحتين.

الاولى: ان السنهوري حينما ألف الكتاب قد كان غافلاً كل الغفلة عن أن «اصول القانون» إنما هو علم متبين الحدود واضح المعالم ذو موضوع كلي ومقاصد متعينة. ومن ههنا دخل التوهم عنده (فعند المقتدين به) في أمر أصول القانون والمدخل لدراسة القانون، لايدرون مواضع التداخل وفواصل التفرقة

بينهما. ونحن نعذره في ذلك، لانه من تلاميذ المدرسة الفكرية الفرنسية للقانون ومن أنصارها المتحمسين، والفرنسيون كانوا وما زالوا متخلفين في مضمار اصول القانون وفلسفته.

يقول في الصفحة الاولى من كتابه :« ليس هناك علم واضح المعالم، بيّن الحدود، يسمى علم اصول القانون. ولكن توجد دراسات تبحث في القانون، وفي نشأته وتطوره، وفي طبيعته ومصادره واقسامه. وقد عنيت الامم المختلفة بهذه الدراسات بقدر يختلف قوة وضعفاً». وليته قد علم حقاً بعناية «الامم المختلفة بهذه الدراسات»، اذن لعلم ان فطاحل القانون في المجموعة الاسلامية قد كانوا هم السباقين الى الابداع بعلم اصول القانون قبل كلامه ذاك بالف ومائتي عام.

الثانية : ان المدخل المذكور لدراسة القانون مصطنع لاستعظام فقه الحضارة الاوروبية ولاسيما الفرنسي منه، واستصغار فقه الحضارة الاسلامية. والمعلومات المعروضة في صفحات من المدخل (هنا وهناك) عن الاسلام وفقهه وقضائه انما هي شواهد مفصحة عن قلة العلم وقصر الباع لدى عارضيها في هذا المجال. والقي هذا المدخل لدراسة القانون الى ابناء المملكة العراقية الفتية يوم كانت المملكة ماتزال من بلاد القانون الاسلامي ولما تتحول بعد الى القانون الفرنسي. ففي هذا الصنيع تبشير جازم لمصلحة الفقه الفرنسي ومفسدة الفقه الاسلامي بطرده من اوطانه كما طرد قبل ذلك من مصر ومن اكثر ديار المغرب

العربي. ثم انجلى بعد زمان ان المبشر الاكبر الذي اعتلى منصة التبشير على ذلك النحو انما كان يومئذ ضئيل الدراسة غير عليم بقوانين الحضارة الاسلامية وفقهها.

وما اريد انا لاستصغر علم الدكتور السنهوري، لاصدقا فيه ولا - حنان الله - مينا عليه. بل هو الذي جلا الحقيقة بنفسه، لكن عقيب النجاح التام في زحزحة العراق وسورية من حظيرة الفقه الاسلامي الى حظيرة الفقه الفرنسي فالاستعمار الفكري. كتب في مقال نشرته له « مجلة القضاء » العراقية (في العددين الاول والثاني لسنة ١٩٦٢) مانصه : « واكثر ما كان درسي للفقه الاسلامي عند وضع القانون المدني العراقي .. فاتاح لي اطلاعي على نصوص الفقه الاسلامي، سواء كانت مقننة في المجلة و « مرشد الحيران» او كانت معروضة عرضاً فقهياً في امهات الكتب وفي مختلف المذاهب ، ان الحظ مكانة هذا الفقه وحظه من الاصالة والابتداع وما يكمن فيه من حيوية وقابلية للتطور». ثم اعلم انه الف « المدخل » في العقد الرابع من القرن الميلادي العشرين، وعمل في وضع القانون المدني العراقي خلال العقد الخامس.

فاذا كان هو في العقد الرابع غير مطلع « على نصوص الفقه الاسلامي » ، ثم اطلع عليها في العقد الخامس اثناء عمله في وضع القانون المدني العراقي واتاح له هذا الاطلاع ان يلحظ « مكانة هذا الفقه وحظه من الاصالة والابتداع وما

يكمن فيه من حيوية وقابلية للتطور » - كما يقول - ، فليت شعري ما الذي اقامه على حال التقليد والتبعية للفقه الفرنسي، واقعده عن النهوض الى مصاف الاصالة والاجتهاد بلغها مقننو «مجلة الاحكام العدلية » و « مرشد الحيران » ليستكمل ما في هذين المصدرين ويضع للدولة العراقية قانوناً مدنياً مستقى من ينبوع قوانين الاسلام وفقهه العظيم وحضارته العظمى ؟! لكن عالم القانون الذكي لازال يدعو الى فرنسة التشريع المدني في الاقطار العربية جمعاء، وذلك تحت عنوان براق من « القانون المدني العربي».

وتلك هي المناحي اعرضت عنها، لانها تعرض عن الحق الى الباطل، وتصدف عن الاصالة الحرة الى التقليد الاعمى، وترجح الحضارة الاوروبية الهوجاء على الحضارة الاسلامية العصماء. كلا. انه لصراع حضاري. لقد عزمت دول الحضارة الاوروبية وحزّمت اعوانها على طرد قوانين الحضارة الاسلامية من سوح النماء والحياة، واضطرارها الى زوايا مهجورة منسية من تراث يتغشاه دواعي الانعزال والممات. والشرقيون مازالوا اغراراً تعديهم جرثومة الغش ثم اذا بها في اكبادهم وعقولهم تعشعش.

فأما أن يزعم زاعم أن الصعود على مدراج الرقّي الحضاري لا يتأتى في التشريع المدني بغير استعارة نظرية الالتزام الفرنسية، أما هذه المزعمة فقالة دجل لا يسيغها إلا نافه باقل فاقد العلم بتطور القوانين في المجموعات القانونية الكبرى الثلاث

في مجتمع الامم والدولات من حول الأرض. فدولة الامة الانكليزية اليوم - على سبيل المثال - هي دولة صناعية كبرى وراقية وليس يوجد فيها أيّ أثر لنظرية الالتزام الفرنسية - لا في محاكمها ولا في قوانينها ولا في مدارسها؛ بل كثير من أحكام قضائها إنما يستقى من كتب الفقه ومدونات السوابق القضائية. لكن: ويل الشجي من الخلّي!

* * *

فما هو إذن المنهج الذي سننتهجه في انشاء هذا الكتاب المسمى «علم اصول القانون»؟ المنهج في كلمات مختزلات هو : سبر وقائع الحال، والصدق في الفكر والمقال، والاجتهاد في معترك الآراء والأقوال. واليك مزيد بيان في فقرات.

الاولى: أجد امامي القوانين المدنية للعراق وسورية ومصر فرنسية الشكل والمضمون في ثوب لسان عربي، ومعبرة عن الثقافة الاوربية الغربية كأن ليس بين القوانين وبين الشرق من سبب غير اللسان. وكل الفرق بين هذه الثلاثة أن المصري والسوري منها كلاهما فرنسي اوربي صرف، وان العراقي خلط بهذا القانون الفرنسي الطراز قواعد فقهية كلية وبعض الاحكام أخذها من القانون الاسلامي بطريق «مجلة الأحكام العدلية» و «مرشد الحيران». وعلم اصول القانون هو اشد عناية واكثر التصاقاً بالتشريع المدني منه بالتشريع الجنائي. فاقتضى

واقع الحال ان يعرض كتابنا اراء الفقه الفرنسي المتعلقة بموضوعات اصول القانون المبسوطة في الكتاب. واقتضى واقع الحال في العراق بسط قضايا اصول القانون الاسلامي المنصبة على تلكم الموضوعات. وهكذا انساق الامر الى المقارنة والموازنة بين الاسلامي وبين الفرنسي من تلكم المسائل والآراء.

على أن قانون العقوبات العراقي كان قد سبق القانون المدني في التأثر بالقوانين الاجنبية، والتأثر في هذا المجال بالقوانين الفرنسية والانكليزية من خلال قوانين العقاب والجزاء المصرية والهندية، أو المعروفة بالأنكلوهندية - ونعني بقوانين العقاب والعقوبات مايشمل اصول المحاكمات والاجراءات الجزائية ايضاً.

الثانية: أجد وراء المسلمين في ماضي ديارهم، وأمام المسلمين في حاضر ديارهم، مقصداً عظيماً من مقاصد الاستعمار (الاستخراب) تتبدل وسائله ولا يتبدل. ألا وهو اقتلاع دوحة القوانين قوانين الاسلام من جذورها في بلاد حضارتها. كان هو المقصد الاعظم في حروب الاندلس الاولى من بلاد المغرب الاسلامي حتى سقوط «غرناطة» (سنة ١٤٩٢ الميلادية). وكان هو المقصد الاعظم في حروب الاندلس الثانية من بلاد المشرق الاسلامي حتى سقوط «اسطنبول» (سنة ١٩١٤م). وكان هو المراد الأعظم في عدوان دول الحضارة الاوروبية على بلاد الشام في عصر صلاح الدين الأيوبي - رضي الله عنه. وكان ولا يزال

هو المراد الأعظم في تأسيس الدولة الصهيونية في بلاد الشئام في عصرنا هذا. وكان ولا يزال الغاية التي يعين على بلوغها أعوان المستعمرين وخدام مصالحهم في ديار المسلمين.

خلال القرن الميلادي التاسع عشر ، أيام ضعفت وترهلت «الدولة العلية» العثمانية العجوز، نهضت دول الاستعمار الاوروبية ففرضت عليها بقوة السياسة والسلاح ان تستعيض عن قوانين الاسلام بقوانين اوروبية. فصدرت القوانين التالية ذكراً مع سنوات صدورها :-

١- قانون العقوبات العثماني الصادر سنة ١٨٤٠ .ومعظمه منقول من القانون الجنائي الفرنسي الصادر سنة ١٨١٠ .

٢- قانونا العقوبات لسنتي ١٨٥١، ١٨٥٨، وهما منقولان من القانون الفرنسي.

٣- قانون الاجراءات الجنائية لسنة ١٨٦١ المنقول من القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٨ .

٤- قانون التجارة العثماني لسنة ١٨٥٠ المنقول من القانون التجاري الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٧ .

٥- قانون التجارة البحرية العثماني لسنة ١٨٦٣ المنقول من القانون الفرنسي وبعض القوانين الاوروبية الاخرى.

٦- قانون الاجراءات المدنية والتجارية لسنة ١٨٨٠ المنقول من قانون المرافعات الفرنسي.

تلك كلها من «الآستانة». وفي البلاد العربية إنفصمت مصر عن الدولة العلية راغبة في الحكم الذاتي او الاستقلال الذاتي. وسرعانما تعرضت لدواهي الاستعمار الفرنسي فالانكليزي. فكان ان خسرت الاستقلال وجوزيت الاستعمار والتبعية. وصدرت فيها مابين سنتي ١٨٧٥ - ١٨٨٣ ستة قوانين كلها اوربية، فرنسية في معظمها، وهي التالية ذكراً:-

١- القانون المدني (القديم).

٢- قانون التجارة.

٣- قانون التجارة البحرية.

٤- قانون المرافعات المدنية والتجارية.

٥- قانون العقوبات.

٦- قانون تحقيق الجنايات.

وتم بذلك انخلاع مصر عن قوانين الحضارة الاسلامية في جميع ميادين الملكية والمعاملات المالية والتجارية والجرائم والعقوبات والاجراءات والمرافعات.

وضمت فرنسا الجزائر الى أملاكها سنة ١٨٣٠، فسرى فيها القانون الفرنسي. ثم أعلنت حمايتها على تونس فمراكش، فأصدرت فيهما قانونين متشابهين، لتونس سنة ١٩٠٦ ولمراكش سنة ١٩١٣. وأصدرت فرنسا في تلكم البلاد تشريعات

تحرم استعمال اللغة العربية في كثير من مجالات الحياة. ولاتزال آثار تلك القوانين المخربة باقية هناك: فالمشهور أن سواق سيارات الاجرة يتكلمون في أعمال مهنتهم باللغة الفرنسية لا العربية. ولولا نضال العلماء الابرار أمثال العلامتين المجاهدين الاستاذ علال الفاسي والشيخ بشير الابراهيمي (وقد حظيت بلقائهما أيام الجهاد) لكانت لغة الكتاب والسنة قد آلت الى شيء مثل اللغة البابلية اليوم. جزاهم الله بلطفه على صنوف جهادهم وصفوف المدارس السرية المتنقلة لتعليم العلوم الأصل بمنأى عن الاعتقال والسجن قدر الامكان.

ولما تشرذمت «الدولة العلية» العثمانية شرذمتها النهائية في أعقاب الحرب العظمى الاولى جعلت فرنسا سوريا ولبنان تحت حمايتها، وبريطانيا العراق وشرق الاردن وفلسطين. أما فلسطين فأحوالها أشهر من ان تحتاج هنا الى ذكر موجز. وأما العراق فقد اصدر فيه آخر الأمر قانون مدني فرنسي القالب والطراز، لكن الاصدار قد كان بوسائل استعمار الفكر لا استعمار السلاح. ودولة الاستعمار الايطالية في ليبيا قد كانت أظهر حماقة من زميلتيها الاخريين على أية حال.

الثالثة: القانون أصدق مرآة تجلو معالم أيّتما حضارة من الحضارات. والقانون معين حياة يمد أيّتما حضارة برونق الإزدهار والنماء ورواء التواصل والتنامي والبقاء. ورجل القانون يتسنم مقام تدريس القانون لابدّ له ان يكون بيّن العقل

واضح الانتماء الى حضارته، اللهم إلا اذا انحدر من قوم لم تسبق لهم في صنعة الحضارات سابقة. فاذا اتفق لابن حضارة ان يتلقى شيئاً من العلم في جامعة لامة غير امته فينبغي له ان يحذر الانقلاب على نفسه ضائعاً مضيّعاً خصال الاصالة والابداع وقوة القلب وحصافة الرأي، مستبدلاً بها التبعية والخنوع وضعف النفس وهزال الفكر، حتى ينقلب آخر الأمر إمعة وتابعاً مسترذلاً بمطامع أموال أو وجاهة ألقاب. فإبن الحضارة من لا ينسى حضارته.

وصاحب هذا الكتاب هو ابن الشرق لا الغرب. إبن مهد الحضارات ومهبط الاديان. فاذا كان اتفق لغيره ان يتعلم القانون في جامعة من جامعات الغرب مثل «ليون» و «اكسفورد» فقد تم له ان تلقاه في «جامعة لندن» وان اصبح أول رجل قانون من العراق ينال مرتبة «دكتوراه» في القانون المدني من كلية القانون (الحقوق) بجامعة لندن. لكنني بقيت كما ولدت إبن الشرق لا أرتضي الى غيره نسباً.

أنا مسلم كردي هرشمي. وللأكراد في صنع الحضارات يد بيضاء. هم أصحاب الحضارة الميدية في العصور القديمة. وهم من أصحاب الحضارة الاسلامية العصماء في العصر الحديث. علماؤهم مفاخر الحضارة الاسلامية على مر القرون، واساتيذ منابرها في شتى العلوم والفنون. ففي مجال اصول القانون ومصادره وحده يكفي الاكراد معزة وفخراً ائمة أجلاء من أمثال: أبي الحسن علي الآمدي (المتوفي عام ٦٣١ هـ) صاحب

موسوعة الاصول المسمى «الإحكام في اصول الأحكام»؛ وابن الحاجب عثمان بن عمر (المتوفي في ٦٤٦ هـ) صاحب «المنتهى» و «مختصر المنتهى» في الاصول؛ والحافظ إبن الصلاح الشهرزوري (المتوفي ٦٤٣ هـ) إمام نقد الحديث (المصدر الثاني من مصادر التشريع الاسلامي)، وصنوه الحافظ زين الدين العراقي (المتوفي ٨٠٦ هـ) من ابناء رزنة في كردستان العراق. فابن الشرق (مسيحياً كان أو مسلماً) وهو يكتب كتابا في علم اصول القانون ليس يسوغ له أن يهمل اصول القانون الاسلامي اهمالاً أو أن يجهله جهلا مطبقاً، فيخرج الكتاب ما له في حضارة الشرق أصل ولا فيه من اجتهاد المؤلف فصلٍ. فإلى جانب مسفلة الانحطاط صوب حضيض التلقيد الأعمى تطل بعلاليها منارة حق وعلم تستجلب أنظار ذوي البصائر لتعلن لهم أن علم اصول القانون إنما هو من مبتكرات علوم الحضارة الاسلامية ماسبقت اليه حضارة اخرى، وأن اول فقيه مجتهد الف فيه كتبا هو امام ائمة هذا العلم وواضعه محمد ابن ادريس الشافعي (١٥٠-٢٠٤هـ).

وابن الغرب، لولا ما عجنت به حضارتهم من سموم الدجل والجحود والاستعمار، ليس يصح منه في يفاع العلم أن يتوارى عن علم اصول القانون في الحضارة الاسلامية - هذا العلم الذي هو من روائع أفكارها المقدمة لبني الانسان في كل مكان . فإن أول كتاب على وجه الأرض في علم اصول القانون

إنما هو «الرسالة» للامام الشافعي ألفها ببغداد كتابا جامعا في هذا العلم القانوني على عهد أمير المؤمنين الرشيد؛ ثم ألف في مباحث معينة من العلم ذاته ثلاثة كتب اخرى هي: «اختلاف الحديث»، و«إبطال الاستحسان» و«جماع العلم». وجميع هذه باقية مطبوعة منشورة.

فداعية الحق والعلم أوجبت الأخذ من ينبوع اصول القانون الاسلامي. وداعية انحياز البلاد العربية في المشرق والمغرب الى الفقه الفرنسي اقتضت الأخذ مما لهذا الفقه من مسائل اصولية. ومن ثم غدا «علم اصول القانون» كتاباً في اصول القانون المقارن. على أن الاحتياج الى اصول القانون الاسلامي قد تطلبته حقائق اخرى من العلم توجزها لنا الفقرة التالية.

الرابعة: القانون سبب للحق في أصل وجوده، والحق سبب للقانون في انقسامه صنوفا وأنواعاً. فكتاب في اصول القانون فلا بد فيه من عرض هذين الصنوين باستعراض مباحث القانون ومباحث الحق جنباً الى جنب. ثم إن «نظرية الحق» مفتقرة إلى بحث لتأصيلها منساب على مذاق فلسفة القانون واصوله. ذلك أن الكتب المعاصرة المفردة لهذه النظرية في بلدان المشرق العربي لا يكاد أي منها يتجاوز بالبحث الاصولي في الحق بضع صفحات؛ وتعقبها عشرات مسودات بمسائل الفقه، دون الاصول، من ابواب التشريع المدني - من مثل أحوال الشخصية

والأهلية وأحكام العقد وعيوب الرضى وطرق الاثبات بالكتابة والبينات.

فلما رجعنا إلى الفقهين الاسلامي والفرنسي لمقصد التأصيل وجدنا ثانيهما قاصرا حتى يومنا هذا عن وضع نظرية شاملة للواقعة القانونية التي هي مناط الحق، وألفينا أولهما ثريا بابحاثه المنهجية في اصول قانونه ثراء شوقنا الى الاهتداء بها في تأصيل قواعد الحق ومصادره ووقائعه القانونية على النحو الذي تراه في الفصل الخامس من هذا الكتاب. فالمرجو بهذا الفصل هو سد ذلك الفراغ من العلم، وفتح مجال جديد للبحث الاصولي في نظرية الحق.

* * *

أما هندسة الفصول فأساسها بناء هذا السفر على كتابين يقتسمان ستة فصول مناصفة ويشتركان في واجهَة واحدة هي هذه المقدمة. وجملة الفصول تتوزع مباحث مرقمة متتابعة من بداية الفصل الاول حتى نهاية الفصل السادس، وعددها ثلاثة وخمسون مبحثاً.

الكتاب الاول: خصّ بالمباحث الممهدة في اصول القانون. فالفصل الاول تعرض مقدمات عامة مثل نشأة العلوم بالتطور، وطرق انشعاب العلوم، ووجه صيرورة القانون علماً، ومفاهيم الالفاظ ومدلولاتها، وكون مصطلح «القانون» عربياً خالصاً وغير مستعرب.

ويعنى الفصل الثاني بالتعريف بالقانون وباصول القانون، مبيناً مفهوم القانون ومدلوله، ومعاني التشريع والشريعة والفقه، وموضوع علم اصول القانون، ثم المصطلحات الاجنبية المماثلة او المقابلة للمصطلح العربي في هذا المجال.

أما الفصل الثالث فمنصب على علم اصول القانون، موضحاً نشأته ونطاقه ومقاصده واستمداد مسائله ومنزلته في المجموعة الاسلامية والمجموعة الاوربية وجوانب فلسفية لهذا العلم.

والكتاب الثاني: افرد لبحث خصائص القانون في الفصل الرابع، وترابط الحق والقانون في الفصل الخامس، ومصادر القانون في الفصل السادس والاخير.

الفصل الرابع يتناول خصائص القانون، ابتداء بخاصة قبوله التشريع، ومروراً بتفسيره، وانتهاء بخاصة قبوله النسخ والالغاء.

وفي الفصل الخامس صياغة جديدة وتأصيل لنظرية الحق على أساس من تنوع الوقائع القانونية.

والفصل السادس يختم الكتاب بعرض مصادر القانون عرض مقارنة واستخلاص.

واسأل اللّه -جل شأنه- ان يتقبله علماً صادقاً لوجه الحق، وأن ينفع به أصحاب القانون وطلابه وعارفي قدره.

بغداد - الكرادة الشرقية - ١٩٦٧

الكتاب الاول

المباحث الممهدة في اصول القانون

الفصل الأول

مقدمات عامة

١- القانون من العلوم الاجتماعية:

لعل أول ما ينبغي ان تنصرف اليه اذهان المقبلين على دراسة القانون هو التساؤل عما اذا كان او لم يكن القانون علماً ذا خصائص تميزه عن سائر العلوم، وعن موضع القانون، في أيٍّ من هاتين الحالين، بين معارف الانسان وقد تشعبت صنوفاً وانواعاً.

اما ثاني هذين السؤالين فقد شاع في جوابه ان القانون انما ينتمي الى حظيرة العلوم الاجتماعية، شأنه في ذلك شأن علم الاقتصاد وعلم الفلسفة وعلم النفس وعلم الاجتماع وغيرها من العلوم التي هي من هذا النوع من انواع المعرفة[١]. ذلك لان مدار البحث في القانون هو سلوك الانسان وافعاله الصادرة عنه وهو كائن اجتماعي يبيع ويشتري يهب ويرهن يرث

---

(١) راجع - اذا كان مثل هذا القول المعروف يحتاج فيه الى مراجعة - الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه «اصول القانون»، ص٢١. اشترك معه الدكتور حشمت ابو ستيت في تأليف الكتاب. سيشار اليه في الهوامش اللاحقة هكذا: السنهوري، «اصول القانون».

ويتزوج يحسن ويسيء؛ فقد عرّف القانون بانه مجموعة الاحكام والقواعد الملزمة التي تنظم علاقات الاشخاص في المجتمع تنظيماً يكفل لهم حقوقهم افراداً وجماعات[١]. لكن هذه الخاصة من خصائص القانون ليس من شأنها وحدها ان تجعل من القانون علماً. فانك قد تتناول كتاب قصة ابدعها اديب بارع واسع الاخيلة خلاب البيان فتجدها محفوفة بعرض فني رائع لسلوك شخوصها من بني الانسان وافعالهم ولما صدر منهم في مجتمعهم من اعمال خير وشر وما انصرفوا اليه من تنازع وخصام يبتغون به تحقيق غايات وبلوغ اماني، بيد انك لا تزعم إذّاك ان هذا الكتاب الذي قرأته قد اشتمل البتة على علم من العلوم تعلمته منه، وان كان الكتاب تحفة من عيون الادب وكان الادب نفسه راجعاً من بين المعارف الانسانية الى ذلك النوع الذي تعارفنا على تسميته بالعلوم الاجتماعية تغليباً للعلم على الفن[٢]. فقصاراك انك قد

---

(١) لهذا التعريف بالفاظ غير هذه، راجع الدكتور سليمان مرقس، «المدخل للعلوم القانونية»، ص٦.

(٢) كلمات «العلم» و «الفن» و «الصناعة» كثيراً ما تستعمل متداخلة الدلالة او مبنية على التغليب. فيقال -مثلاً- صناعة الادب، وفن القول (أي علم البلاغة)، ويقال القانون فن دقيق، كما يقال العلوم الاجتماعية ويقصد بها ما يعم التاريخ وفنون القصة والشعر والنثر. وقد أكثر ابن خلدون من الاستعمال المبني على التغليب او المجاز الاصطلاحي في «المقدمة»، ص٣٩٩-٤٣٧. وفي السنوات القليلة المنصرمة شاعت في جامعة بغداد كلمة «الانسانيات» يراد بها العلوم الاجتماعية، ولست اراها إلا ترجمة لغوية بعيدة عن الاصطلاح العلمي في العربية للفظة Humanities الانكليزية.

قرأت قصة رائعة؛ وقصاراها انها ادب ممتاز. فلابد لنا، اذن، من طلب جواب واف لسؤالنا الاول في القانون: أهو علم أم ليس بعلم؟ لكنا لا نستطيع الوفاء ببحث هذه المسألة ما لم نتبين المسلك الذي تسلكه العلوم في نشأتها، والعلل المفضية الى ما نشاهده من انقسام العلوم وتميز بعضها عن بعض.

٢- العلوم تنشأ بالتطور لا بالطفرة:

من جليات ما يعرفه المتعلمون اليوم ان علم الانسان بالاشياء والاحوال منه ماهو بديهي يحصل عفو الخاطر ولا يحتاج في حصوله الى بحث ومراجعة، ومنه ما ليس كذلك بل هو نظري يتوقف استحصاله على المراجعة والاستدلال[١]. فأنت تعلم ان ثلاثة اكثر من واحد، وان كل البرتقالة اكبر من نصفها، وانك انت موجود حي تشعر بوجودك آنا فآنا، وليس علمك بهذه الامور متوقفاً في حصوله على مراجعة او برهان، فهو ادراك بديهي يملكه كل انسان ما دام سويّ الطبع كامل العقل. لكنك لا تملك ان تعلم بالطريقة نفسها مدد التقادم المانع من سماع الدعوى وحكمة جعلها مختلفة في شأن الحقوق الدورية المتجددة عنها في

---

(1) Refer to S.H. Mellone, "Elements of Modern Logic," PP. 99-103 (the laws of thought) and PP. 104-188 (deductive reasoning)

ومن ابتغى التفصيلات العلمية في الادراكات البديهية (الضرورية) والنظرية فليرجع الى الكتب الباحثة في «نظرية المعرفة»، في اي لغة يعرفها.

شأن الاموال غير المنقولة[١]، ولا انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء بحسب احكام القانون المدني[٢]، ولا كون الاقالة او عدم كونها قاعدة قانونية مقررة في القانون الروماني او القانون الاسلامي او القانون العراقي. فهذه امور يفتقر في العلم بها الى المراجعة او الاستنتاج.

وقد تتحول المعلومات النظرية لطول الممارسة الى ملكة عند المتخصصين في علم من العلوم، فترى استاذ التشريع المدني يجيبك عفو الخاطر في المسائل المتقدمة في الاقالة والتقادم وانقضاء الالتزام؛ لكن سرعة الاستحضار هذه لا تجعل من المعلوم النظري معلوماً بديهياً، لان البديهيات - على ما وجدتَ من الامثلة التي ذكرناها آنفاً - انما هي المعلومات التي من طبيعتها ان تتهيأ للناس كلهم دونما نظر وبحث وان تكون مسلمة عندهم لايحتاج في اثباتها الى ادلة وبراهين. واذا كانت سرعة الاستحضار وحدها لا تجعل النظري بديهياً، فان مجرد تسليم الناس بمعلوم نظري دون طلب الدليل عليه لا يحيله الى معلوم بديهي كذلك[٣]. غير ان تحول المعلومات النظرية الى ملكة دائمة

---

(١) راجع القانون المدني العراقي، المواد: ٤٢٩-٤٣١.

(٢) راجع القانون المدني، المواد: ٣٩٩-٤١٩.

(٣) من اراد التفصيلات من امر تحول الضرويات الى نظريات وعدم تحولها عند المتخصصين في نظرية المعرفة، فليرجع الى العلامة سعد الدين التفتازاني، «شرح المقاصد». ١/٢٣٢-٢٣٣.

ينفع ولايضر، وتحولها الى مسلمات لا يطلب عليها الدليل قد يستتبع مضار التقاعس عن البحث المستفيض والفهم الدقيق. ورب جيل اصيب بهذه المضار في بعض شؤون العلم والحياة اصابة مردها الى اجماع الاجيال السابقة على ما يتعلق بتلك الشؤون من احكام. فنحن اليوم قد توارثنا من الاجيال الماضية امراً قلما نتساءل في علله واسبابه: ذلك هو كون العلوم متعددة مختلفة كثيرة التعدد شديدة الاختلاف. فلقد خلت اعصر وقرون والناس مقرون بتباين العلوم واستقلال بعضها عن بعض، مجمعون آخر الامر على ان تقام لكل طائفة منها مدرسة خاصة بتعليمها هي دون ما سواها؛ فمن مدرسة لتعليم القانون تسمى كلية الحقوق، واخرى لتدريس فنون الشعر والنثر والتاريخ تدعى كلية الاداب، وثالثة لعلم الطب وتوابعه، وهلم جرا. واذ نحن قد توارثنا هذا الوضع من اسلافنا فاننا نوشك الان على زعم ان العلوم كانت منذ الازل منفصلاً كذلك بعضها عن بعض وان انواعها المتباعدة ما تكاد توجد بينها صلة جامعة. ثم اذا بهذا الظن يبعدنا عن تبين حقيقة الحال في تطور العلوم، وعن تقصي المناهج العلمية التي اتبعت في تفريق العلم وقد كان مجتمعاً وتكثيره وقد كان فذاً في يوم من الايام.

فلننس ساعة ما قد سلمنا به اجيالاً، ولننظر ههنا في خمس جمل كل واحدة منها تلقي في اذهاننا صورة تامة للحكم على شيء بانه متصف بوصف معين:-

- كل جسم ثقيل اذا القي في الفضاء فإنه يميل الى مركز الارض.
- شجرة الليمون هي من الاشجار دائمة الاخضرار.
- ٦ × ٦ = ٣٦.
- الكلام العربي شعر ونثر.
- البيع مبادلة مال بمال[١].

في هذه الجمل الخمس عندنا خمسة اشياء جعلنا كل واحد منها موضوعاً لان نحكم عليه بانه متصف بوصف معين: فبحسب تتابع الجمل، لدينا خمسة موضوعات هي الجسم الثقيل، وشجرة الليمون، وستة في ستة، والكلام العربي، والبيع؛ وقد اتخذنا خمسة اوصاف حملناها اي نسبناها الى الموضوعات الخمسة كلا على انفراد. فالمحمول على الموضوع الاول هو الميلان الى مركز الارض، وعلى الموضوع الثاني دوام الاخضرار، وعلى الثالث مساواته لستة وثلاثين، وعلى الرابع انقسامه الى شعر ونثر، وعلى الاخير كونه مبادلة مال بمال. هكذا اجتمعت بين ايدينا هنا موضوعات خمسة ومحمولات خمسة الفنا من كل موضوع ومحمول منها جملة مفيدة أو «قضية» كما يسميها اصحاب مناهج الفكر[٢]. فانظر الآن كيف ان الاشياء الخمسة

(١) لتعريف البيع انظر القانون المدني، المادة: ٥٠٦.

(٢) مناهج الفكر تشمل اصول البحث العلمي، والمنطق، وعلم آداب المناظرة.

اشتركت في حال واحدة هي كونها موضوعات في قضايا، وكيف ان الاوصاف الخمسة هي كلها محمولات في القضايا لا يشذ في ذلك واحد منها، ثم ان هذه القضايا الخمس كلها تتحد من حيث كونها جملاً مؤلفة من موضوعات ومحمولات. تلك هي صلة جامعة بين القضايا الخمس على الرغم من ان كل واحدة منها تؤدي معنى مغايراً لمعاني أمثالها لعدم كونها جملاً مؤلفة من الفاظ مترادفة. وليست القضايا الخمس المعروضة هنا هي وحدها التي تجمعها هذه الصلة الجامعة؛ بل ان كل ما يمكن ان يدور في ذهنك وذهني وكل ماتحويه بطون الكتب من مسائل لا يعدو كونه قضايا مؤلفة من موضوعات ومحمولات تنسب فيها المحمولات الى موضوعاتها[١]. فأجهد فكرك إن شئت لتوجد لي مسألة واحدة تحيد عن هذه الصلة الجامعة فلا تأتلف فيها عناصر القضية على الوجه الذي ذكرناه.

وليست تلك الصلة بين القضايا الخمس هي الصلة الجامعة الوحيدة. فهنالك صلة جامعة اخرى هي كون المعرفة المستحصلة من القضايا الخمس ادراكاً قائماً بذهن الانسان: فان علم الانسان بالاشياء والاحوال انما هو ادراكات حاصلة في ذهنه قلت او كثرت، اذ ليس للعلم وجود خارج اذهان من يعلمون. لا

---

(١) هذه من المسائل العلمية المعروفة معرفة منهجية منذ عهد اليونانيين عندما فصّل ارسطوطاليس مبادىء علم المنطق. واذا شئت راجع:
Mellone, "Elements of Modern Logic," pp.17, ff.

جرم ان الاشياء والاحوال امور موجودة خارج ذهن الانسان، لكن محض وجودها هذا لا ينشيء في ذهنه معرفة وعلماً، فالمعرفة تبدأ حين تنطبع تلكم الاشياء والاحوال في ذهن المرء فتصبح ادراكات قائمة به متناظرة نوعاً من التناظر مع ما هو موجود في الخارج. فهل من القضايا الخمس قضية واحدة يمكن ان تكون غير ادراك قائم بالذهن؟ الحق ان كل ما يعرفه الانسان فهو ادراك قائم بذهنه، لا فرق في ذلك بين اظهر البديهيات واخفى النظريات ولا بين قضايانا الخمس المختارة ههنا لغرض التمثيل وسهولة الافهام وبين كل ما يمكن ان يعلمه بنو الانسان اليوم وبعد اليوم. ولعلنا قد انتبهنا الان الى السر الذي يجعل هذه الصلة الجامعة بين معارفنا اقوى وامتن من الصلة السابقة: فهذه صلة قوامها الاشتراك في حقيقة المعرفة وماهيتها، وتلك صلة مبنية على الاشتراك في بعض احوال المعرفة وخصائصها، مثل كونها قضايا مؤلفة من موضوعات ومحمولات(١).

ومادامت حقيقة الحال في معرفة الانسان ما قدمناه فاننا حريون بان نسأل في شيء من الرغبة والأناة سؤالين اثنين: لماذا قسمت معارف الانسان تقسيمات شتى الى انواع وآحاد كثيرة من العلوم؟ وكيف تمت هذه التقسيمات؟ نستفسر

(١) اورد العلامة التفتازاني مباحث جليلة في موضوع الادراك والعلم وعلاقتهما بالمدركات والمعلومات في كتابه «شرح المقاصد» ٢٢٤/١ ومابعدها، فمن شاء فليرجع اليه.

بالاول من السؤالين عن المقاصد والغايات المرجوة من التقسيم والتنويع، وبالثاني عن المناهج التي اتبعت في اعمال التقسيم واتخذت اساساً له.

اذا احببنا ان نبالغ في إيجاز الجواب عن المسألة الاولى قلنا ان الغاية المثلى من تنظيم المعارف في علوم متمايزة هي بناء الحضارة وازدهارها. فالحضارة لا تقوم الا اذا كثرت المعارف، والمعارف متى كثرت يستعصي الاحاطة بها مالم تنظم في مجموعات متمايزة وقواعد كلية؛ ثم ان الاكثار منها لا يتسنى بغير تنظيم دقيق مبني على منهاج واضح. فلو ان معارف الانسان جمعاء كانت منحصرة في القضايا الخمس المار ذكرها او في الف قضية أو بضعة الآف مثلها، اذن لما احتجنا قط الى تقسيمها الى علوم متعددة، ولا الى ابتكار ضوابط عامة وقواعد كلية تسهل العلم بمفرداتها؛ اذ الاحاطة بمثل ذلك العدد من القضايا المفردة امر مستطاع يسير. ثم ان العلم مادام ادراكاً قائماً بذهن الانسان - كما اسلفنا - فانه يبقى ابد الدهر متطوراً بتطور حياة هذا الانسان العالم[١]. فهو في طور البداوة غير محتاج الى علم كثير، اذ ان قليلاً منه يكفيه للعيش في كنف القبيلة ملتزماً باعرافها في بيئته الصغيرة، متنقلاً مع خيامها من مرعى الى مرعى، مسترسلاً على السجية في افراحه واتراحه. اما في حياة الحضارة، فويحه من انسان متعب الفكر، دؤوب على الاستزادة

(1) Refer to Mellone, "Elements of Modern Logic", pp. 1, f.

من العلم، نزاع الى استجابة مطالب البقاء في بيئته الكبيرة المعقدة غاية التعقيد[١]. فان اقل ما تضطرنا اليه الحياة الحضرية هو الالمامة الاجمالية بالاحوال والاشياء، تلك التي تعارفنا على الاشارة اليها بلفظ «الثقافة العامة»[٢]؛ وهذه الاشياء والاحوال -كما ذكرنا- تغدو متعددة متداخلة العلاقات مختلفة الانماط، فيؤدي ذلك الى كثرة القضايا المفردة التي يتحتم العلم بها. بل ان كثيرين من اهل الحضارة يطمحون في مزيد من العلم على هذا المقدار، وفي الاسهام في تنمية المعارف والفنون لينهضوا بحضارتهم نهضة محمودة لولاها لركدت ثم انتهت الى زوال. واذ قد كانت القضايا والمسائل المنفردة التي يجب العلم بها في هذه الحال جمة العدد متكاثرة تكاثراً مطرداً يجعل الاحاطة بها امراً عسيراً او مستحيلاً على الانسان الفرد في امد حياته القصير، فانه لا مناص له من اللجوء الى جولات عقلية يهتدي بها الى وسائل تحوّل له العسر الى يسر والمستحيل الى ممكن مع شيء من الجهد في طلب العلم. وان من هذه الوسائل وضع القواعد الكلية

---

(١) لتفصيل ما ذكرنا هنا في امر البداوة والحضارة راجع ابن خلدون، «المقدمة»، ص٤٠٠-٤٠١ وقارنها بالصفحات ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٤، ٤٣٥.

(٢) في العالم الغربي كتب جامعة يهيؤها العلماء لعون الناس في استحصال الثقافة العامة، مثل "An Outline of Modern knowledge"، ويؤسفني ان المكتبة العربية ماتزال خلوا - على ما نعلم - من كتب جامعة وموجزة مثل الذي ذكرناه.

عن طريق استقراء احوال المفردات والجزئيات بغية الاهتداء الى الاوصاف الجامعة بينها؛ حتى اذا انتهينا الى القاعدة العامة في امرمّا أغنانا العلم بها في ساعة عن صرف ايام واشهر في تقصي آلاف الجزئيات الواقعة ضمن مجالها(١). ولنتخذ لتوضيح ما قدمنا مثلاً سهلاً. كل تلميذ يلقى بين يديه إبان الدراسة الابتدائية جدول الضرب ليحفظ مافيه، وهذا الجدول لا يحتوي ايّ قاعدة عامة مطلقاً، بل هو مؤلف من قضايا منفردة من ضرب الآحاد في الآحاد تأليفاً يسهل العلم بالنتائج؛ ثم يرقى التلميذ سلم الدراسة هونامّا فيتعلم قاعدة الضرب من علم الحساب في وقت من الزمان قصير؛ فاذا تعلمها امكنه، لا ضرب الآحاد وحدها بعضها في بعض، بل ضرب الملايين من الاعداد على وفق ما يحتاج او يتصور. فلو لم تكن تلك القاعدة الكلية مستحصلة، او لم نكن نحن والتلميذ عالمين بها، اذا لافضت بنا الحال الى عسر شديد، اذ ان قصارى ما نستطيع صنعه عند فقدان القاعدة الكلية هو ان نضع جدولاً لضرب كل عدد متصور في كل عدد متصور الى ان نعيى اعياء - دع عنك ما يتوقف عليه صنع مثل هذا الجدول من جهود تنتهي وزمان طويل ينقضي وعداد جبال من الاوراق تستهلك ولمّا نبلغ الغاية بعد؛ بل هب الجدول قد وضع واكتمل، فأي انسان يومئذ قادر على ان يحيط علماً بأيسر جزء من هذا الشيء الذي يبتدئ ولا يكاد ينتهي؟! إذن، فإن الغاية المتوخاة

(1) For a similar account, refer to Korkunov, in his "General Theory of law", pp. 1-2.

من صناعة العلوم ما قد رأيت؛ وان احدى وسائل هذه الصناعة هي وضع القواعد الكلية العامة، والعلوم انما تتقوم بهذه القواعد.

فلننتقل الآن الى مسألتنا الثانية، الى كيفية تقسيم المعارف الانسانية الى علوم متمايزة. لذلك طرق عديدة يكفينا هنا الالمام بأهمها. فلقد اجمع علماء مناهج الفكر على ان تمايز العلوم يتحقق بتمايز موضوعاتها[١]. تفصيل ذلك ان القواعد الكلية التي يتقوم بها أي علم هي، كالقضايا المنفردة التي رأيناها، مؤلفة من موضوعات ومحمولات. فالقاعدة العلمية انما هي قضية ذات موضوع ومحمول، غير مختلفة في ذلك عن القضايا الجزئية من مثل قولنا ان مساحة هذه الغرفة المربعة هي مائة متر. الا ان القضية الكلية -كما يدل اسمها على شأنها- تختلف عن الجزئية بانها عامة شاملة والجزئية ليست كذلك؛ فانك اذا قلت: مساحة المربع تعرف بضرب ضلع منه في ضلع، فكلامك هذا لايخص الغرفة المربعة وحدها بل يعم المربعات كلها اينما وجدت. فالقضية اذا اصبحت كلية عامة سميت «قاعدة» و «قاعدة كلية»؛ وتسمى «مسألة» متى انضمت الى أتراب لها فكونت علماً معيناً؛ وفي بعض العلوم تسمى «قانوناً»، كما يقال «قانون الجاذبية» مثلاً. ولما كانت القواعد الكلية مركبة من موضوعات ومحمولات، فاننا نستطيع بالملاحظة الدقيقة ان نتبين

---

(١) لتفصيلات منهجية دقيقة في هذا المجال، راجع العلامة التفتازاني، «شرح المقاصد»، ١/٧ - ٩.

ما اذا كانت الموضوعات في عدد كبير من هذه القواعد هي من جنس واحد او نوع واحد. فاذا تحقق لنا ذلك فوجدنا ان مائة قاعدة (مثلاً) تجمع بين موضوعاتها جهة وحدة من هذا القبيل، فانا اذاك قادرون على ضم القواعد المائة ضماً منسقاً وعلى تأليف علم منها يكون موضوع البحث فيه ذلك الجنس او النوع الذي وحد بين موضوعات تلك الطائفة من المسائل التي تكوّن منها هذا العلم. هكذا صنع العلماء بالقواعد الكلية التي عرفوها، فاذا بالعلوم تتعدد وتتكاثر، واذا بكل واحد منها يتميز عن غيره من العلوم بان موضوعه يختلف عن موضوعاتها.

هذا؛ غير ان اختلاف موضوع البحث ليس هو العلة الوحيدة دائماً لتمايز العلوم. فقد يتحد موضوع البحث في علمين اثنين وهما مع ذلك قد جعلا متمايزين مختلفين لاختلاف جهة البحث عن ذلك الموضوع في كل منهما[١]. هذا المنهج لتقسيم العلوم متفرع عن المنهج السابق الذي فصلناه ومتمم له. وخلاصته ان مسائل علم مّا اذا كثرت كثرة بالغة، وصادف ان كانت منها ما تبحث عن موضوعه من ناحية معينة ومنها ما تبحث عنه من ناحية اخرى غيرها، فان تحقيق الفائدة المرجوة من انقسام العلوم يحدو العلماء حينئذ الى تشطير ذلك العلم الى شطرين يتخذون من كل منهما علماً مستقلاً، فيتمايز العلمان في هذه الحال بتمايز جهة البحث. وخير الامثلة من العلوم التي طبق

---

(١) راجع المصدر السابق، ١/٨.

عليها هذا المنهج علما الحساب والجبر، وعلما الاقتصاد والمالية العامة[١]، وعلما النحو والصرف العربيان. كل اثنين من هذه العلوم نشأ علماً واحداً ثم انفصلا. وسترى فيما بعد كيف ان علم القانون بدأ علماً واحداً ثم غدا علوماً عديدة على هذا الاسلوب نفسه[٢].

يستخلص مما قدمناه ان معرفة الانسان تبدأ اول نشأتها من مشاهدات ومحسوسات جزئية، ثم تنتقل هذه الجزئيات الى طور معلومات وادراكات كلية، ثم تنتهي هذه المعلومات الكلية الى علوم وفنون متمايزة. ولاتتم هذه الانتقالات الا باعمال عقلية متتابعة متلاحقة تستغرق من الزمان اعمار جيل او اجيال. فلا يتصور، والحال كما رأينا، ان ينشأ علم بالطفرة دون التطور، مادام هو علماً مخلوقاً في عقل الانسان وغير مقتبس من مصادر الوحي الإلهي. واذ قد عرفنا ذلك واحطنا بعلله واسبابه، فاننا الآن متهيئون للنظر في حال القانون واستيضاح المرحلة التي هو فيها من مراحل المعرفة.

٣- هل القانون علم؟

بعد الذي علمناه كله، نقدر على توصل سريع الى معرفة هذه المسألة عن طريق وضع اسئلة ذات اوجه محتملة ندرك

(١) راجع عبد الله مصطفى، «الرقابة المالية العامة»، ص٧٢ (آخر المبحث ٢٨) وص ٨٨-٨٩.

(٢) راجع ما سيأتي، المباحث: ٣ ، ١٦ ، ١٧.

لتونا ايها مطابق للواقع وأيها ليس كذلك: أليس القانون معرفة من معارف الانسان؟ فاذا كان معرفة -على ما هو واضح- أليس هو كأيّ من هذه المعارف متألفاً من قضايا ذات موضوع ومحمول؟ واذا كان متألفاً من مثلها، فهل قضاياه هذه قد اصبحت مسائل ترجع موضوعاتها الى اصل واحد هو المبحوث في شأنه في المسائل كلها؟ نعم، فقد سبق ان علمنا ان القانون يبحث في سلوك الاشخاص وافعالهم، فهو اذن قد استكمل الوحدة في الموضوع وبلغ مبلغ العلوم[١].

لكن هذا التوصل المنهجي السريع الى العلم بالمسألة قد اختزل الاطوار التي مر بها القانون في نشأته ولم يقص علينا من انبائها شيئاً. فلابد لنا ههنا من إلمامة عاجلة بهذه الاطوار تفيدنا في دراسة علم اصول القانون ولا تخرجنا منه الى تاريخ القانون وأيامه. انه لمن جليات ما يعرفه المتعلمون اليوم ان علماء الاجتماع والمعنيين بتاريخ تطور الانسان يذهبون في امره مذهبين: فمنهم من يرون ان الانسان كان منذ ان وجد مرتبطا بمجتمع يعايشه؛ واخرون يرون ان الانسان انما عاش عيشة متطورة متنامية، متنقلاً في حياته النوعية الطويلة من طور الاسر المنفردة الى طور تكوين العشيرة والقبيلة فالى طور الانخراط في امة قوامها شعب واحد او اكثر. وليس لهذا الخلاف أثر في ما نحن فيه ما دمنا نعني بمجتمع الانسان ما يعم صغيره كالاسرة وكبيره كشعب او جملة شعوب. فالذي يهمنا هو ان الانسان منذ ان حيي

---

(١) راجع ما مر، المبحث ١.

حياة الاجتماع بدأ يعوزه القانون لينظم له بعض علاقاته بمن يعايشهم في حياته؛ فابتدأ القانون يجد سبيله الى الوجود ثم يتطور بتطور احوال الانسان في مراحل نموه الاجتماعي[١]. فرب الاسرة في الاسرة المنفردة كان هو مصدر القانون ومنفذه، فهو الذي يؤدب ابنه اذا بدر منه ما يسيء الى امه او اخوته، وهو الذي يضع قاعدة التأديب ونوع الجزاء. وفي القبيلة تتكون اعراف وعادات يلتزم بها ابناؤها، ويقضي بها في منازعاتهم رئيس القبيلة او «عراف» القوم. ثم خطا الانسان خطواته الكبرى فألف مجتمعه الكبير، مجتمع الشعوب والامم. عندئذ كثرت معاملات الناس وتشعبت، وتعددت منازعاتهم وتنوعت، فافتقروا ايما افتقار الى القانون الذي ينظم لهم تلكم العلاقات ويحفظ لهم امنهم وحقوقهم ويعصمهم عن قتال وحروب يكتوون بنارها فيما بينهم حتى تذهب بهم وبما ينعمون به من منافع الحياة في المجتمع الكبير الذي يخدم فيه الناس بعضهم بعضا شاعرين بذلك او غير شاعرين[٢]. يومئذ بدأت الحكومات تقوم، وبدأ السلطان العام

---

(١) قارن بين : السنهوري، «اصول القانون » ص١٤- ١٦ ، ٧٨؛ حسن محمد ابو السعود، «مذكرات في اصول القانون» ص ٥ - ٧ ، و ١٦٤ - ١٦٧ ، فستجد عندهما كلاما قريبا مما ذكرناه.

(٢) لعرض قريب مما ذكرناه، راجع الدكتور سليمان مرقس، «المدخل للعلوم القانونية»، ص٤-٦، ٩٦-٩٨، ١٠١-١٠٢، قارن بينهما. وما أجمل قول الشاعر:

« الناس للناس من بدو ومن حضر — بعض لبعض وان لم يشعروا خدم »

يقوى ويتكامل؛ والقانون يقبل على مرحلة من التطور يجد فيها من ينشىء القانون فيصبح مصدره، ومن يطبقه فيغدو القاضي به، ومن ينفذه عندما يقضى به، ومن يعنى بكتابته ودراسته والنظر في احكامه.

وقد انقضت قرون وخلت امم والقانون تتكاثر قضاياه واحكامه، لكنها بقيت قضايا لا تجمعها جامعة منهجية تغدو بها علما؛ بقيت شيئا شبيها بجداول الضرب التي تحدثنا عنها في المبحث السابق، يحوي قضايا كثيرة وعامة لكنها لم تتحول بعد الى قواعد كلية ومسائل. حتى اذا حل عهد نظر فيه الى تلكم القضايا الكثيرة نظرة الاستقراء الفاحص والتحليل الدقيق، ووجد ان موضوعاتها كلها هي افعال صادرة عن الانسان على وجه او اخر في مجرى سلوكه في المجتمع، صار القانون عندئذ علما باحثا عن افعاله تلك، وامكن تقسيم مسائله الى انواع وصنوف شتى على وفق اختلاف انواع الافعال وصنوفها او بحسب اختلاف جهة البحث عن الموضوع العام لعلم القانون[١].كذلك نشأ علم القانون نشأة بطيئة على الوجه الذي اجملناه في الصفحات المتقدمة؛ فلنكتف الآن بهذه الصورة المجملة، ونرجيء الابحاث المفصلة الى الفصول الاخرى من الكتاب، ليتسنى لنا في هذا الفصل البادىء عرض مباحث تمهيدية لابد ان تتقدم وهي متعلقة من خصائص الالفاظ والمعاني بما يتوقف عليها الدراية بعلمي القانون واصول القانون.

---

(١) بهذا التقسيم تفرع القانون الى فروع كثيرة ستجدها فيما سيأتي، المباحث: ٣٧، ٣٩ ، ٣٦.

٤- مفاهيم الالفاظ ومدلولاتها:

يكاد علماء القانون يجمعون على ان واحداً من اهم المؤهلات اللازمة لرجال القانون هو التعبير الدقيق عن المعاملات والمسائل القانونية، والفهم الدقيق للصيغ والالفاظ التي يتم بها التعبير، والاستنتاج الدقيق بعد ذلك من الالفاظ والمعاني جميعها. ثم ان علم القانون، كأي علم آخر من العلوم الاجتماعية، انما يتكون من معان ومدارك عقلية تقال فتسمع وتكتب فتقرأ. فلا بد اذن لدارسي هذا العلم من ان يتزودوا بشيء من المعرفة في فهم علاقات الالفاظ بالمعاني وعلاقات المعاني بعضها ببعض من حيث التداخل والعموم والخصوص[1].

فلنبدأ بعلاقة اللفظ بالمعنى، ولنتخذ الامثلة من اعيان محسوسة ليسهل علينا بذلك الفهم. نشاهد سيارة واقفة بالطريق فنقول: هذه سيارة، فماذا نعني بلفظتي «هذه» و «سيارة» في هذه الجملة الساذجة؟ لو كانت الكلمتان تؤدي كل منهما تمام معنى الاخرى لإقتضى ذلك امكان التعبير عن معنى الجملة نفسه بأن نقول: «هذه هذه» أو «سيارة سيارة»، والحال ان الصيغتين الاخيرتين لا تؤديان معنى الجملة الاولى على ما هو واضح. اذن لابد ان يكون هنالك بين معنى اللفظة الاولى ومعنى اللفظة الثانية

(١) يمهد هذا المبحث لفهم المسائل المتعلقة بتفسير القانون وصياغة القانون؛ انظر ما سيأتي ، المباحث: ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ .

فرق شديد يمنع من استعمال أيّ منهما مكان الآخر، وان كان الشيء الذي يدلان عليه يبدو لنا واحدا لأول وهلة. فهاهنا عندنا ثلاثة اشياء على وجه التحقيق: ذهنك وأنت تقول تلك الجملة؛ ولفظ «سيارة»؛ والسيارة الجسم الواقف بالطريق. وانه لمن الامور الواضحة ان كلا من هذه الأشياء الثلاثة هو غير الشيئين الآخرين: فلا لفظة «سيارة» هي عين السيارة الواقفة، ولا أيّ منهما هو عين ذهنك؛ واذا كانت هذه الاشياء متغايرة على ما نرى فلا بد ان يكون هنالك شيء رابع يجمع بينها وإلا لما افادتنا لفظة السيارة ولا الجملة التي كانت هي جزءا منها أيّ فائدة مطلقاً. هذا الشيء الرابع يشار اليه بلفظ «المفهوم»؛ وانما هو الصورة الحاصلة في ذهنك لهذا النوع من العربات الآلية؛ وهذه الصورة قائمة بذهنك تنشىء فيه ادراكا، ومرادة من لفظ«سيارة» يدل عليها دلالة مباشرة، وهي بعد ذلك صورة تطابق الجسم الواقف بالطريق. من هنا نعلم ان دلالة لفظ «سيارة» على العربة الآلية الواقفة بالطريق انما تتم عن طريق دلالتها على الصورة الحاصلة في الذهن. فالمعنى التحليلي لجملة «هذه سيارة» أن الشيء المشاهد هنا هو مما تطابقه الصورة الحاصلة في اذهاننا للعربة الآلية؛ فالجملة قضية موضوعها الشيء المشاهد هنا وقد عبرنا عنه بلفظة «هذه»، ومحمولها كون هذا الشيء واحدا مما تنطبق عليه الصورة الكاملة الموجودة في ذهننا للعربة الآلية؛ وقد عبرنا عن ذلك بلفظة سيارة وضمها الى اللفظة الاولى. فلما لم يكن معنى «هذه» هو عين معنى «سيارة» -على ما قد رأيت- أتت الجملة مفيدة كما هي،

وامتنعت عليها الافادة عند حذف احدى اللفظتين واحلال الاخرى محلها. ولأجل تمييز علمي دقيق بين تينك الدلالتين اصطلح العلماء على تسمية الصورة الذهنية التي يدل عليها الالفاظ «مفهوما»، وتسمية الأشياء الموجودة خارج الذهن وتنطبق عليها الصور الذهنية «مدلولا». فحينما يقال مفهوم اللفظ فالمراد هو الصورة الذهنية التي يدل عليها اللفظ؛ وحينما يقال مدلول اللفظ فالمراد هو الموجود الخارجي الذي يدل عليه اللفظ على النحو الذي رأيت(١).

ولنعرض المسألة نفسها على وجه آخر. الكلمات والجمل واللغات انما هي اصوات تلفظ وتسمع، وما الحروف والخطوط المكتوبة الا نقوشا ورموزا دالة على تلك الاصوات. فهذه النقوش تدل على الاصوات؛ والاصوات تدل على الصور الذهنية الحاصلة للموجودات؛ والصور الذهنية تتطابق مع تلكم الموجودات خارج الذهن عينا كانت او عرضا. ومن هنا قال بعض الفلاسفة المتفننين في التعبير ان لكل موجود اربعة الوان من الوجود: وجود في النقوش والرموز الدالة عليه عن طريق دلالتها على اللفظ؛ ووجود في الكلمة الدالة عليه بسبب دلالتها على

---

(١) لبحث في حصول المعاني (المتصورة) في الذهن راجع:
Mellone, "Elements of Modern Logic,"pp.2-12
وللمفاهيم والمدلولات راجع العلامة التفتازاني، «شرح المقاصد»، ١/٧٧-٧٩، ٢٢٥ - ٢٣٠، وقارن بين ما في هذه الصفحات.

الصورة الموجودة في الذهن؛ ووجود في الذهن بهذه الصورة الحاصلة له فيه؛ ووجود في الواقع خارج الذهن[١]. تلك هي من علاقات الالفاظ بالمعاني ما يمهد لنا الخوض في المبحث التالي في بعض علاقات المعاني بالمعاني.

٥- العموم والخصوص والاشتراك:

وقد يبدو لمن لم يطل عهدهم بالدراسات القانونية ان الوجود الواقعي والوجود الذهني هما أهم الوان الوجود الاربعة التي تحدثنا عنها، وان وجود الاشياء في الالفاظ هو من قبيل الافتراضات العلمية. لكنا اذا تدبرنا ان الالفاظ انما هي قوالب المعاني ووسيلة انتقال الصور الذهنية وتداولها بين الناس، وان نصوص القانون وعلومه مدونة في كتب قوامها النقوش والالفاظ، تنبهنا إذاك الى ما للكلام عربياً كان أو غير عربي من خطورة وشأن من حيث علاقته بالمعنى وكونه محلاً له، حتى اننا يصعب علينا التفريق بينهما في اخص المسائل الباحثة في شؤون المعاني. وانه لمن اجل ذلك اننا آثرنا ان نذكر أيسر ما لا يستغنى عنه من هذه المباحث في تعلم اصول القانون؛ فان «ما لا يدرك كله لا يترك كله»[٢].

---

(١) راجع التفتازاني، المصدر السابق، ١/٧٦.

(٢) عني الفقهاء المسلمون قديماً والفقهاء الاوربيون حديثاً عناية بالغة بالمصطحات والتعابير في النصوص القانونية؛ اما الاولون فقد عنونوا المباحث الخاصة بها "بمباحث الالفاظ"؛ واما الاخرون فقد جعلوا العنوان "Hermeneutics of Law".

هنالك في واقع الامر علاقات بين المعاني تسري الى الالفاظ لما بينهما من ترابط وثيق. منها علاقة العموم والخصوص: فانك اذا مررت بكلمات «الجسم، الارض، آسيا» فانك تدرك لا محالة ان اولى هذه الكلمات اعم من الاخريين، وان الاخيرة اخص من سابقتيها، وان الوسطى منها اعم بالنسبة الى الاخيرة واخص بالنسبة الي الاولى. ذلك لاننا ندرك ان الارض ليست هي الجسم الوحيد في هذا العالم، فان الشمس والقمر والزهرة وغيرها من الأكر الفلكية كلها اجسام، فلفظة الجسم تدل على الارض كلها والارض لاتدل على الاجسام الموجودة جميعها؛ وكذلك الشأن بين آسيا والارض، فاولاهما جزء من الاخرى والكل يدل على تمام الجزء، ولا يصح العكس[1]. على ان هذه العلاقة لا تختص بالالفاظ المفردة بل تعمها وتعم الالفاظ المركبة؛ ولنتخذ امثلتنا في هذه المرة من المصطلحات القانونية. عندنا في القانون المدني مصطلحات «العقد، العقد المسمى، الايجار»: الاول اعم من الاخيرين لانه يشملهما شمولاً تاماً ولايشملانه مثل هذا الشمول، اذ ان العقود المسماة وعقد الايجار يصح فيها كلها انها عقد، ولا يصح العكس، أي لا يصح أن كل عقد فهو عقد مسمى أو ايجار، لوجود اصناف اخرى من العقود غير هذه؛ وكذلك الشأن بين العقد المسمى والايجار، اذ ان كل إيجار فهو عقد مسمى وليس كل عقد مسمى ايجاراً، لجواز ان يكون عقد بيع او رهن او

---

(١) لتفصيلات اكثر في احوال العام والخاص راجع الاستاذ عبد الوهاب خلاف، «علم اصول الفقه»، ص٢٠٤-٢١٩.

تأمين أو عمل. اما «العقد المسمى» فانه بالنسبة الى «العقد» اخص وبالنسبة الى «الايجار» اعم على ما لا يخفى. وعندنا في القانون الجنائي مصطلحات «العقوبة، الحبس الشديد، الغرامة»: المصطلح الاول اعم من الاخيرين، لان العقاب اما جسمي وهو الحبس شديداً كان او خفيفاً واما مادي وهو الغرامة، ولينتبه هنا الى انعدام علاقة العموم والخصوص بين «الحبس الشديد» و «الغرامة»؛ ذلك لان اياً منهما ليس بقسم من الاخر بل قسيم له في معنى العقوبة هذا الذي يشملهما وهما متغايران. فنعلم مما مر بيانه ان علاقة العموم والخصوص ليست وجوبية بين كل لفظ ولفظ بل هي جوازية توجد بين بعضها وتنعدم بين بعض. الا ان كل لفظ باعتبار معناه هو دون النسبة الى لفظ آخر اما ان يكون عاماً او خاصاً: فالخاص كاسماء الاعلام من مثل خالد ومحمد، والعام كاسماء الاجناس (الانواع) مثل الانسان والعلم والقانون مما يعم مدلولات عديدة ولا يختص بمدلول واحد لذاته.

ذلك هو العموم والخصوص. وهنالك علاقة اخرى بين المعاني هي اشتراك بعضها (اثنين فاكثر) في لفظ واحد يدل عليه دلالة متتابعة كل مرة على واحد من المعاني المتعددة المشتركة فيه[1]. مثاله لفظ العين: تطلق فيراد بها تارة الباصرة، واخرى نبع الماء، وثالثة الذهب، ورابعة ذات الشيء دون منافعه،

---

(١) لتفصيلات اكثر في موضوع المشترك راجع الاستاذ عبد خلاف، المصدر السابق، ص١٩٩-٢٠٤.

وهو بالمعنى الاخير مصطلح قانوني يقابل مصطلحاً آخر هو «المنفعة». يقول لك القانون المدني العراقي: «البيع باعتبار المبيع اما ان يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق او بيع النقد بالنقد وهو الصرف او بيع العين بالعين وهي المقايضة»[١]. ويقول: «الايجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة.....»[٢] فانك اذا بعت داراً بدراهم فقد بعت عين الدار، واذا اجرتها فقد بعت منفعة الدار دون عينها، فالمستأجر انما ينتفع بالسكنى فيها واتقاء برد الشتاء وحر الصيف لمدة معلومة.

وما دمنا قد خضنا ههنا في الحديث عن بعض خواص الالفاظ والمعاني، فقد يكون من المستحسن ان نختم الفصل ببيان شيء من حال لفظ «القانون»، هذا الذي ذكرناه ولما نعلم بعد اصله اللغوي ومعانيه ومدلولاته إلا قليلاً.

٦- القانون لفظ عربي:

ذهب بعض الفضلاء الى ان «القانون» لفظ

---

(١) القانون المدني، م ٥٠٧.

(٢) القانون المدني، م ٧٢٢.

مستعرب من Canon بمعنى الشريعة الكنسية[١]، وهذه كلمة مستعملة بهذا المعنى في امّات اللغات الاوربية الحديثة كالانكليزية والفرنسية وغيرهما، وفي اللغتين اللاتينية والاغريقية. وفكرة استعراب هذا اللفظ من ذلك الاصل تبدو شيقة للعلل التالية:-

اولها: ان اللغة العربية تستعرب الالفاظ الاجنبية بحذف اصواتها المنفور منها في سياق الصوت العربي واحلال الاصوات العربية مكانها. ففي ما نحن فيه استبدل صوت القاف العربي بالكاف الموجودة في الاصل، فنشأ عن هذا الاستبدال لفظ «القانون» المستعرب.

وثانيها: ان هنالك صلة بين معنى الكلمة الاصل ومعنى الكلمة المستعربة، فالشريعة الكنسية انما هي قانون من القوانين، فكل مابين الاصل والفرع من فرق في المعنى هو اننا

---

(١) ذكر الدكتور صبحي محمصاني في كتابة «فلسفة التشريع في الاسلام» (ص١٦-١٧) ان كلمة القانون يونانية الاصل. وذكر الاستاذ عبد الرحمن البزاز في كتابه «مبادىء اصول القانون» (ص٢٣، والهامش الاول للصفحة نفسها) مثل الذي نقله المحمصاني، واضاف اليه ان بعض الكتاب قالوا بانتقال الكلمة من العبرية الى العربية. وسترى في هامش لاحق من الهوامش المتعلقة بهذا المبحث ما سنذكره من اختلاف القائلين الاول بالتعريب في اصل هذه الكلمة. والى نسبة اصل الكلمة اليونانية ذهب ايضاً المستشرق الانكليزي H.A.R. Gibb في كتابه "Mohammedanism" ص٩٠.

استعملنا الثاني في ما يعم القوانين كلها ولم نبقه كالاصل خاصاً بالقانون الكنسي.

وثالثها: اننا مادمنا قد سعينا الى الاقتباس من قوانين الدول الاوروبية منذ ان قامت فينا دول حديثة، فأي غرابة في ان نكون قد اقتبسنا تلك الكلمة وعربناها وان كانت هي اسماً للشريعة الكنسية لا للتشريعات الحديثة في تلك الديار.

تلك هي الحجج المؤيدة لما رأوا. فأما البحث المستفيض في احوال هذه الكلمة فانه يدلنا الى نقيض ذلك الرأي. واليك أوجه هذا البحث:-

الاول: ان التشابه الصوتي بين لفظ عربي وآخر اجنبي لايكفي وحده لاثبات ان العربي منهما لابد ان يكون قد استعرب من الاجنبي. فلطالما تشابهت اصوات الكلمات في لغات كثيرة دون ان تكون تلك الكلمات منقولة من لغة الى اخرى. فاثبات الاستعراب عن طريق تشابه الاصوات خطأ وقع فيه قدماء اللغويين الذين ألفوا في مستعربات الالفاظ؛ وقد نبه على ذلك المرحوم الدكتور عبد الوهاب عزام في تقديمه الطبعة الاولى لكتاب «المعّرب» لابي منصور الجواليقي (المتوفي ٥٤٠ هـ)؛ فمن أراد مزيداً من العلم في هذه المباحث فليرجع اليه فلا مجال هنا

للخوض فيها إلا بمقدار[١].

والثاني: ان صوت الكاف تعقبها الف فَنون فواو لم يكن قط من الاصوات المنفور منها في اللغة العربية، بل ان هذه الحروف وهي متعاقبة لها اصوات مألوفة شائعة مستساغة في هذه اللغة، ألا ترى الفاظ: كان، كانا، كانوا، كائن، كائنون، كائنات، يكونون. واذا كان صوت الحرف الاول من الكلمة الاجنبية «كانون» مألوفاً كل هذه الالفة في الكلام العربي، فليت شعري لماذا بدلت الكاف قافاً ولم تستبق كما هي عند استعارة الكلمة، لو كانت هنالك استعارة أصلاً!

والثالث: ان مادة «كانون» نفسها موجودة في العربية ومستعملة في معان غير معنى الكلمة الاجنبية؛ فأي وجه في هذه الحال لاستعارة المادة نفسها من لغة اخرى أو القول بان هذه الاستعارة تمت بتبديل الحرف الاول من الكلمة ليلائم

---

(١) ابو منصور موهوب بن احمد الجواليقي «المعَّرب»، ص٣-٨ (تقديم الكتاب للدكتور عزام). وانه لمن مؤيدات ما نذهب اليه ان الجواليقي لايذكر «القانون» في عداد تلك المجموعة من الالفاظ المستعربة التي اشتمل عليها كتابه، على الرغم من ان هذه الكلمة كانت مستعملة في زمانه استعمالاً لغوياً واصطلاحياً في غير مجال الدراسات الفقهية.

صوتها الاصوات العربية؟!(١).

والرابع: ان لفظ قانون عربي الاصل مادة وشكلاً. فان مادته «قنن، قنّ» والقن (بفتح القاف) معناه تتبع الاخبار والتفقد بالبصر؛ وكلا المعنيين راجع الى الامعان في معرفة الاشياء بمتابعة اخبارها او تفقد احوالها بالبصر. اما شكله فمن الصيغ العربية الأصل كذلك؛ فهو من صيغة «فاعول» الدالة على الكمال وبلوغ الغاية في معنى المادة المصوغة بهذه الصيغة؛ تقول فلان «شاغول» اي كثير الشغل دائب عليه مع القدرة على الاتيان به. فشاغول من الشغل (بزيادة الف بعد حرفه الاول وواو بين الثاني والاخير من حروفه) وقانون من القنن كلاهما على زنة «فاعول» كما ترى. ولان القنن في العربية معناه

---

(١) بل ان اختلاف القائلين الاول بالتعريب في الاصل الذي نقلت منه كلمة القانون هو في حد ذاته دليل على التمحل في الحكم باستعراب الكلمة من اصل اجنبي؛ فكأنهم حكموا أول الامر بان الكلمة مستعربة دون العلم باصلها، فلما حكموا بذلك اخذوا يبحثون لها عن اصل ليصح حكمهم. ينقل الدكتور محمصاني (في كتابه «فلسفة التشريع في الاسلام» ص١٧، الهامش الاول) تأييداً للاستعراب ما جاء في «تاج العروس» (ج٩ ص٣١٥) من ان كلمة القانون رومية او فارسية، وماورد في «محيط المحيط» من انها سريانية. هذا، وقد مر علينا في الهامش الموصول بصدر هذا المبحث ماقيل في الاصل اليوناني او العبري لهذه الكلمة.

الامعان في المعرفة بطريق الخبر او البصر، ولان معيار كل شيء ومقياسه هو الذي يعرف به الشيء معرفة مزيلة للبس والابهام، فإن العربية استعملت لفظ القانون بمعنى المعيار والمقياس. يقول الفيروزابادي في قاموسه المحيط: «القانون مقياس كل شيء»، وقد توفي هذا اللغوي الكبير قبل خمسمائة وسبعين عاماً.

واذا كانت حقائق حال هذا اللفظ مابيناه فانا لا نرى القول صحيحاً إلا بانتقاله من عام اللغة الى خاص المصطلح الفقهي. وما أكثر ما استمدت العلوم مصطلحاتها من اللغة فاستعارت الفاظاً لها في اللغة معنى عام واستعملتها هي في معاني علمية خاصة لوجود علاقة بين المعنيين. اما العلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي للفظ القانون فليست مما يخفى: فان معناه اللغوي هو المعيار والمقياس، ومعناه الاصطلاحي الاحكام التشريعية والفقه؛ وقد مر علينا ان القانون انما يبحث في سلوك الاشخاص وأفعالهم[1]؛ فالقانون هو المقياس الذي يقاس به السلوك والافعال بغية التحقق من عوارضها وآثارها والتمييز بين حسنها وقبيحها صحيحها وباطلها وما الى ذلك من احوالها. بقي ان نعلم متى تم نقل هذا اللفظ من اللغة الى الاصطلاح الفقهي.

الذي اعلمه هو ان علماء عصر ازدهار الحضارة الاسلامية لم يجعلوا لفظ القانون مصطلحاً فقهياً، وان كانوا قد

---

(١) راجع المبحثين: ١ ، ٣.

استعملوه في مجال علوم اخرى. ولو كان له معنى اصطلاحي فقهي في زمن الفيروز ابادي او قبله لذكره هو في قاموسه المحيط مع التفصيل الذي بينه في معنى القانون والمعاني العديدة الاخرى لمادة «قنن» ومشتقاتها؛ اذ لا يتصور اغفال المعنى الاصطلاحي الفقهي من صاحب القاموس وقد كان هو من رجال القضاء والقانون وولي القضاء ومنصب قاضي القضاة في اليمن اكثر من عشرين عاماً. وغالب ظني ان اللفظ وجد سبيله الى الاصطلاح الفقهي في عهد الدولة العثمانية، ولاسيما في اواسط القرن التاسع عشر عندما بدأت حركة تشريع الاحكام على نمط قانون مؤلف من مواد وصادر من السلطة التشريعية، اي التقنين كما نسميه اليوم[١]. وللاتراك العثمانيين كانت العربية لغة مقدسة، لغة القرآن، ولغة التشريع والعلوم، فكانوا يكتبون بها او يقتبسون منها في ما يكتبون باللغة التركية، فاستعملوا القانون في هذا المعنى الاصطلاحي من جملة ما اخذوا واستعملوا من الكلام العربي. هكذا سميت التشريعات العثمانية التي ظهرت

---

(١) يذكر الدكتور محمصاني في هامش الصفحة ١٨ من كتابه «فلسفة التشريع في الاسلام» ان الامام ابا القاسم بن جزي الغرناطي (المتوفى ٧٤١هـ) قد استعمل لفظة القانون في عنوان كتابه «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية». ويلاحظ هنا من وصف القوانين بكونها فقهية ان لفظة القانون قد استعملت في معناها اللغوي والا لما احتيج الى وصفها على هذا النحو.

في مابين السنوات الميلادية ١٨٤٠-١٨٨٠ باسم القانون؛ وهذه هي التي ذكرناها في مقدمة الكتاب. كذلك عمت كلمة القانون بمعناها الاصطلاحي في البلاد العربية وقد كانت اجزاء وولايات من الدولة العثمانية الكبرى قبل انحلالها، ولاسيما في البلاد العربية التي اسست فيها «مدارس الحقوق» في ذلك العهد ومنها العراق[١].

وهنحن ذا قد علمنا هنا من اصل لفظ القانون ومعناه اللغوي مايكفي توطئة للخوض في خصائصه الاخرى؛ فلا علينا الا ان نبين المعاني الاصطلاحية المتعددة التي استعمل فيها هذا اللفظ بعد دخوله مجال الاصطلاح الفقهي؛ وسيكون ذلك في الفصل التالي من هذا الكتاب.

---

(١) وبعد انفصام العراق عن الدولة العثمانية شرع «قانون نشر القوانين» ذو الرقم الرقم ٥٩ لسنة ١٩٢٦ الناص في صدر مادته الثانية على أن «تعبير القانون» يشمل «المواد الصادرة بموافقة مجلس الامة...» أي السلطة التشريعية.



الفصل الثاني

تعريف بالقانون واصول القانون

بعد المقدمات التي مهدناها في الفصل السابق نمضي ههنا في توضيح المفاهيم الاصطلاحية للقانون ولاصول القانون، وذكر مدلولات كل منهما باعتبارهما اسمين من اسماء العلوم؛ فكلامنا في هذا الفصل سينصب على المعاني، ويتشعب الى بحث مصطلحات اخرى لا يستغنى عنها في تحديد تلكم المفاهيم والمدلولات.

٧- مفهوم القانون ومدلوله:

علمنا فيما مر أن القانون عندما نقل من اللغة الى الاصطلاح استعمل للدلالة على الاحكام والنصوص المشرعة المدونة (المقننة) تدويناً شكلياً في مواد متسلسلة[١]. فكل ماهو كذلك فهو قانون، اللهم الا اذا كان مدوناً مقنناً على هذا النحو لكن لم تجعله السلطة التشريعية بعد تشريعاً ملزماً؛ وفي هذه المرحلة يسمى «لائحة قانون» و «مشروع قانون» حتى اذا تمت مراحل تشريعها ونشرها اصبحت يومئذ قانوناً.فنقول اليوم: قانون الخدمة المدنية، قانون الخدمة العسكرية، قانون رسم الطابع،

(١) راجع آخر المبحث ٦، وآخر هامش من الهوامش الموصولة بذلك المبحث.

قانون مصلحة المجاري؛ وهكذا نجعل لكل قانون اسماً خاصًا به يشير الى مجاله ويميزه عما سواه من القوانين؛ فهذه هي مدلولات مصطلح القانون، لان كلا منها يصدق عليه مفهوم القانون على ما هو ظاهر. لكن القانون بهذا المعنى لا يرتفع لوحده الى منزلة يغدو فيها علمًا. فقد عرفنا من قبل ان العلم لا ينشأ الا عند توفر شرطين مهمين هما وحدة الموضوع ووجود مسائل تشتمل على قواعد كلية ونظريات، وقد تتوفر في بعض هذه القوانين وحدة الموضوع،الا انه مع ذلك يفقد النظريات والقواعد الكلية العلمية فلا يصبح علماً[١]. فإن قانون رسم الطابع -مثلاً- يتقوّم بأحكام تتعلق بهذا الرسم (وهو نوع من انواع الضرائب)، بيد ان عنصر النظريات العلمية مفقود فيه فقدانا يكاد يكون تاماً. ذلك لان الاحكام المشرعة في هذا القانون ليست الا ضوابط تبين متى يدفع هذا الرسم وكم يدفع منه كل مرة؛ والمشرع لايستمد هذه الضوابط كلها من نظريات علمية خاصة برسم الطابع. فقصارى الامر ان المشرع يراعي في انتقائها تحقيق مصالح ثلاث:هي الحصول على مورد للخزانة العامة؛ وجعل قيمة الرسم متناسبة مع اهمية المعاملة التي يدفع الرسم لاجرائها؛ والحيلولة دون احتمال عبث السفهاء بالخوض في معاملات دون القصد الى اجرائها حقيقة، لو انها كانت مجانية. وقد تكون هنالك علاقة بين تلكم الاحكام وبين بعض مسائل علم المالية العامة، لكن ليس من شأن مثل هذه

---

(١) راجع ما مر، المبحث٢، وآخره.

العلاقة ان تجعل من قانون رسم الطابع علماً قانونياً. بل ليست الضوابط المدرجة فيه ضوابط علمية تتهيأ مناقشتها والاهتداء الى القول بالخطأ والصواب فيها وفق نظرية او قواعد كلية: فقد فرض المشرع ان يكون مقدار الرسم على العرائض المقدمة الى الادارات الحكومية مائة فلس تدفع بشراء طابع يلصق بالعريضة؛ وقد كان الرسم قبل ذلك خمسين فلساً؛ ويجوز من بعد ان يزاد او ينقص؛ وما هذه وامثالها الا اعمالاً تقديرية بعيدة عن منازل العلوم المنهجية. وقس على قانون رسم الطابع القوانين الاخرى التي ذكرناها هنا وامثالها مما لا تجمع بين احكامها جوامع النظريات والقواعد العلمية.

ذلك الوضع يتغير كل التغير اذا اتينا الى القانون المدني العراقي. فإنك اذا قرأته ملما به فإن كل مادة من مواده تشعرك بأنها مسألة فقهية او مستمدة من مسألة فقهية تهيمن عليها قاعدة كلية او نظرية عامة[١]. وانه لمن اجل ذلك ان القانون المدني لا يدرس في كليات الحقوق في بلادنا على وجه شرح مواد قانونية يقتصر فيه على بيان معاني الالفاظ في كل مادة . بل ان تدريسه يتم بتدريس نظريات الحق والالتزام والعقد المهيمنة على

---

(١) وكذلك شأن القوانين الرئيسة الاخرى كقانون الجنايات (العقوبات)، وقانون اصول المرافعات مدنية وجزائية،والدستور،والقانون الدولي الخاص منه والعام، والقانونين المالي والاداري اللذين تتشعب عنهما القوانين الفرعية التي اوردناها امثلة للقانون المجرد من الفقه.

هذا القانون، ويؤتى بمواد القانون على انها امثلة تطبيقية او شواهد عامة في تلك النظريات. وما هذه النظريات الا بعض اجزاء علم القانون، فهي من هذا العلم في صميمه، وسترى فيما بعد كيف ان الاجزاء المهمة من علم القانون استقلت فغدت علوما قانونية متمايزة او تكاد[١]. فاذا نظرنا الى القانون المدني من حيث انه تشريع مقنن في مواد وله ما لقانون رسم الطابع من صفة النفاذ والالزام فانه على هذا الوجه لاينهض ان يكون علماً. اما اذا نظرنا اليه على الوجه السابق ذكره، وبحثنا في مواده من خلال البحث في مسائل الحق والالتزام والعقد، فانه عندئذ مادة علمية لها ما لتلكم المسائل من خصائص. وان مجموعة المسائل التي تعرض فيها الاحكام التشريعية ذلك العرض العلمي المشحون بالنظريات والقواعد الكلية هي المسمى «بالفقه» و «بعلم الفقه»، وهي مرادنا من «علم القانون». ولما كان الفقه علماً فان البحث فيه لايقتصر قط على التشريعات المقننة، بل يتعداها الى كل ماهو من مسائل هذا العلم وان لم يكن من التشريع المقنن في شيء. فالفقه وعلم القانون انما هما اسمان لعلم واحد. والقانون بمعنى التشريع المقنن يغايرهما كما رأينا.

هذا، على ان لفظ القانون قد يتوسع في استعماله ألواناً من التوسع. فقد يطلق ويراد به مايعم علوم الفقه والتشريعات المقننة كلها: تقول لصاحبك ماذا اختار ابنك لدراسته

---

(١) اقرأ المبحث: ٣٩ ، ٤٠.

العالية؟ فيجيبك «القانون» وهو لايقصد تشريعاً او علماً من علوم الفقه معينين بل كل مافي هذا المجال الدراسي من احكام تشريعية وعلوم؛ ومن هذا القبيل تسمية قسم من اقسام الكلية الجامعة «بقسم القانون»؛ ومن هذا القبيل ايضاً قولنا القانون الروماني والقانون الاسلامي والقانون الانكليزي، ناسبين كل مجموعة منها الى اصحابها. وقد يطلق موصوفاً بصفة فيراد به فرع مهم من فروع الفقه او علومه: تقول فلان استاذ القانون المدني او القانون الجنائي في القسم، وانت لا تعني بالقانون المدني التشريع المعروف وحده بل كل ما يتعلق به من ابحاث ونظريات، أي انك تشير الى هذا الفرع من علم القانون. وقد يطلق ويراد به، لا علم الفقه ولا تشريع معين، بل احكام متممة لاحكام التشريع صيغت في «انظمة» و «تعليمات» : فرب طلب تقدمه الى ادارة حكومية فيقول لك الموظف المختص بمثله «القانون لا يسمح بما طلبت»، والحال ان النص المانع قد يكون من نصوص نظام او تعليمات لا من نصوص القانون الذي يستندان اليه. وان من استعمالاته الشاملة ذلك الذي يراد فيه بالقانون كل ما يكون مناطاً لحقوق المواطنين وواجباتهم وللاحكام والقواعد المنظمة لسلوكهم وافعالهم ولتحقيق العدل في منازعاتهم، سواء كان المناط تشريعات او نصوصاً متممة لها او عرفاً او عادة او استدلالاً فقهياً يحكم بمقتضاه القاضي أو امراً مجمعاً عليه بين الناس في مجتمعهم لا يرتضون الخروج عليه؛ وهذا هو المراد حينما يقال او يذكر في بعض الدساتير: «الناس سواسية امام

القانون»، فالمقصود هو مجموع الاحكام والقواعد التي بها تنتظم علاقات الناس في المجتمع وعلى تنفيذها تهيمن سلطة عامة تقهر الافراد على احترامها متى خولفت، أياً كان المصدر الذي تستقي هي منه[1].

فاذا اوجزنا ما تقدم كله قلنا ان القانون قد استعمل في ستة معان: اولها التشريع المقنن. وثانيها علم القانون ويسمى كذلك فقهاً. وثالثها مجموعات قوامها الفقه والتشريع معاً ومايتعلق بهما من بحوث. ورابعها أيّ فرع من فروع الفقه ينسب اليه القانون بوصف او نسبة، كالقانون المدني والقانون العام. وخامسها ما يعم الاحكام المتممة للتشريع. والسادس مجموع الاحكام والقواعد المنفذة المرعية. والذي يهمنا كثيراً من معانيه هو الاول والثاني والسادس، اذ القانون سيكون موضوع بحثنا بمعانيه الثلاثة هذه غالباً.

٨- التشريع والشريعة والفقه:

خلال كلامنا في دلالات القانون استعملنا لفظ التشريع في ما يرادف القانون بمعناه الاول، والفقه رديفاً لعلم القانون. بقي ان نظهر للفظة الشريعة معناها، وان نلم المامة

---

(١) لبحث شبيه بما ذكرناه في الوان استعمال لفظ القانون راجع حسن محمد ابو السعود، «مذكرات في اصول القانون»، ص١٨-٢٤؛ الدكتور سليمان مرقس، «المدخل للعلوم القانية»، ص٣-٤.

اجمالية بحال الألفاظ الثلاثة جميعها. هذه مصطلحات فقهية عريقة الاصل وجدت مع القانون الاسلامي، وترعرت في رحاب ابحاثه مشتقاتها من اسماء وافعال. فقد كان اول استعمال اصطلاحي لمادتي «الفقه» و «الشرع» في القرآن الكريم: «شرع لكم من الدين...» و «ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها ولا تتبع اهواء الذين لا يعلمون» و «فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين...» الى آخر الآيات الثلاث[١]. وانه لمن ظواهر دلالات هذه النصوص ان «شرع» معناه جعله حكماً قانونياً ملزماً، وان «ليتفقهوا» معناه ليكتسبوا علماً متقناً دقيقاً بالاحكام. ومن ههنا سميت جملة احكام القانون الاسلامي باسم «الشرع» و «الشريعة» و «الشريعة الاسلامية»، وسمي العلم الذي يكتنف هذه الاحكام في مسائل ذات قواعد كلية ونظريات باسم «الفقه» و «علم الفقه».

لكن هذه الالفاظ الاصطلاحية قد حصل في استعمالها مثل ذلك التوسع الذي ذكرناه عند بحث معاني القانون. فقد تطلق الشريعة او الشريعة الاسلامية ويراد بها، لا الاحكام القانونية، بل الفقه وجملة العلوم القانونية الاسلامية. وقد تطلق كلمة الفقه او الفقه الاسلامي ويراد بها، لا علم الفقه، بل الاحكام الشرعية، أي ان الفقه يستعمل مكان الشريعة بمعناها

---

(١) الآيات الكريمة بحسب تتابعها هنا: الشورى ١٣، الجاثية ١٨، التوبة ١٢٢.

الذي ذكرناه بادئاً. واحياناً تطلق كلمتا الشريعة والفقه ويراد بكل منهما (كما لو كانتا مترادفتين) المجموعة الاسلامية التي قوامها الفقه والاحكام وما يتعلق بها من بحوث. هذا، وان من الفقهاء المسلمين من سمى الفقه «بعلم الشرائع والاحكام». لكن هنالك تمييزاً عندما يراد بعض هذه المعاني على وجه التخصيص: فاذا اريدت الاشارة الى الاحكام بوصفها احكاماً قانونية ملزمة قيل «الاحكام الشرعية»، واذا اريدت الاشارة الى مسائل هذه الاحكام بوصفها علماً قيل الفقه او علم الفقه. اما المعاني الاخرى لهذه الالفاظ فتفهم بقرائن المقام ومن سياق الكلام، كما هو الشأن في معاني لفظ القانون[١].

اما لفظة «التشريع» فهي - على ما هو ظاهر - من المزيدات المشتقة من مادة «شرع»، وهذه الصيغة في العربية تضيف الى معنى المادة المصوغة بها تأكيداً واشعاراً بقوة الوقوع والحصول مثل الذي نشاهده عندما نقارن جملة «كسر الزجاجة» بـ «كسّر الزجاجة». ولذلك استعملت لفظة التشريع بمعنى القانون المقنن (اي القانون بالاول من معانيها المفصلة آنفاً)[٢]. فان صيغة التشريع تدل على قوة الالزام في ما هو مشرع، واحكام القانون تظهر فيها صفة الالزام اشد وأقوى منها في احكام مردها

(١) لبحث يقرب مما ذكرناه في دلالات هذه المصطلحات، راجع الدكتور صبحي محمصاني، «فلسفة التشريع في الاسلام»، ص١٦-٢٣.

(٢) آخر المبحث ٧.

الى مصادر اخرى غير التشريع. وعلى هذا المعنى فانك اذا قلت التشريع المدني العراقي فكأنك قلت القانون المدني العراقي. لكن لفظة التشريع لم تكن لتشذ عن أترابها فتسلم من تعدد المعنى (وهو من حسنات اللغة وسيئات الاصطلاح). بل استعملت بمعنى الشريعة والفقه فقيل «التشريع الاسلامي» ، واستعملت للدلالة على فروع علم القانون فقيل «التشريع المدني» و «التشريع الجنائي». بهذا ننهي الحديث في معاني هذه المصطلحات وقد تزودنا منها بما يكفينا تمهيداً لبحث اصول القانون.

٩- اصول القانون:

لقد مر علينا ان كلا من القانون وعلم القانون انما يبحث في سلوك الاشخاص وافعالهم في المجتمع بغية وضع الاحكام والقواعد الكفيلة بتنظيمها[١]؛ فموضوع البحث في القانون هو افعال الاشخاص. واذا كان كلامنا في قانون دولة معينة لها حدودها السياسية فان الظاهر في موضوعه هو انه افعال الاشخاص المكلفين باتباع احكام القانون في تلك الدولة، لا كل الاشخاص من حول كرة الارض؛ فلغرض الاشارة الى هذه الحقيقة قال بعض الفقهاء ان القانون يبحث في افعال «المكلفين» بغية التوصل الى احكامها المنظمة لها ذلك التنظيم[٢]. ولايخرج

(١) راجع المبحث الاول.

(٢) اختص بهذه الدقة في التعبير الفقهاء المسلمون في تعريفهم مصطلح «الحكم» بأنه خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين.

عن ذلك في شيء تعريف القانون بانه مجموعة الاحكام والقواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية، اذ ان هذه الروابط انما هي افعال المكلفين او ناشئة منها أو راجعة اليها[١]. اما علم اصول القانون فان موضوع البحث فيه هو القانون تشريعاً وعلماً. فكما ان القانون يتخذ من افعال المكلفين موضوعاً له يهيمن عليه ويبين خصائصه وعوارضه واحكامه، فكذلك اصول القانون يتخذ من القانون نفسه موضوعاً له يهيمن عليه ويبين خصائصه وطبيعته ومصادره وفروعه والاصول الاجمالية لنظرياته ومناهج النهوض به. ولنزد الامر توضيحاً بشيء من الامثلة. اذا اراد محمد شراء دار يملكها خالد فسألانا كيف يتسنى انعقاد هذا البيع، فانهما انما يسألان عن الحكم القانوني الخاص بفعل البيع هذا؛ ولن يكون جوابنا مطابقاً للسؤال الا ذا قلنا ان القانون المدني يقرر ان «بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون»[٢]، فعليكما اذن ان تتما معاملة التسجيل في دائرة الطابو لينعقد بذلك البيع. واذا سألنا طالب في قسم القانون عن الفرق بين انتقال الالتزام وانقضاء الالتزام فان سؤاله منصب على القواعد العلمية التي تظهر ما بين الانتقال والانقضاء في الالتزام من فوارق، وان كان كل منهما في واقع

---

(١) لهذا التعريف راجع: السنهوري، «اصول القانون»، ص١٣، وحسن محمد ابو السعود، «مذكرات في اصول القانون»، ص١١.

(٢) «القانون المدني»، م ٥٠٨.

الامر ذا صلة بافعال الاشخاص المكلفين؛ ولن يكون جوابنا مطابقاً لسؤاله مالم نبين له القواعد الخاصة بموضوع استفساره من نظرية الالتزام، وهذه مباحث من علم الفقه[١].

وقد يطيب لباحث ان يوجه الينا جملة اسئلة من مثل: ماهي طبيعة القانون؟ من اين يأتي القانون وماهي مصادره؟ لماذا ينبغي ان يطاع حكم القانون؟ ماهي علاقة الاحكام والنظريات القانونية بمثل الناس العليا وحياتهم العقلية والمادية؟ كيف ينشأ القانون ويتكامل؟ هل القانون يؤدي الى تحقيق العدل بين الناس؟ ثم أيّ شيء هو العدل في حد ذاته؟ هذا الباحث لم يسألنا عن حكم في قانون او نظرية من فقه لنلجأ الى التشريع او الفقه في جوابه. إنه ينظر الى التشريع والفقه جملة واحدة فيسميهما بحذافيرهما قانونا ثم يسألنا في اصول هذا الشيء المجمل وطبيعته وعلاقاته ووجه الحاجة الي وجوده والمقاصد والغايات التي من شأنه او ليس من شأنه ان يتأدى اليها عند ختام المطاف. واذ قد صار القانون نفسه هو موضع الاستفسار هذه المرة، فانك لن تجد الاجوبة الشافية لتلكم الاسئلة بين احكام القانون ونظرياته، لان القانون لايبحث عن نفسه ليهيء لك الاجوبة المحتاج اليها ههنا وهي على نمط خاص تمتزج فيه الفلسفة بالفقه ايما امتزاج. فالملجأ، اذن، هو علم اصول القانون الباحث عن

---

(١) يتناول القانون المدني هذه الاحكام في المواد: ٣٣٩-٣٧٤، ٣٧٥-٤٤٣.

خصائص القانون واحواله. وانه لمن اجل ذلك ان اصول القانون يعرّف بانه العلم الباحث في القانون من حيث طبيعته وانماطه وطرق تكوينه ومصادره وفروعه ومثله العليا ومقاصده. ثم اذا تذكرنا ان لفظي الفقه والقانون قد استعمل كل منهما للدلالة على مايعم التشريع والفقه ومايتعلق بهما من بحوث[١] استطعنا ان ندرك دونما عناء ان هذا العلم الذي عرفناه هنا يمكن ان يسمى علم اصول الفقه كما يسمى علم اصول القانون.

وبعد ان المنا في الصفحات المتقدمة بمعاني تلكم المصطلحات القانونية العربية وألوان استعمالها المختلفة، يتيسر لنا التعريج في المبحث التالي على مصطلحات اجنبية مماثلة، لما في ذلك في فوائد سنتبينها عما قريب.

١٠- مصطلحات اجنبية:

لقد ظهر مما فصلناه ان المصطلحات العربية «القانون، الفقه، التشريع، اصول القانون» ليس فيها لبس وغموض في المعنى على الرغم من تعدد استعمال بعضها للاشارة الى مدلولات مختلفة. وقد وجدت في بعض الكتب العربية في اصول القانون ما افضى، لا الى توضيح هذه المصطلحات، بل الى ابهام معانيها ابهاماً مرده الى النظر الى المصطلح العربي من

---

(١) راجع ما مر، المبحثين ٧،٨.

خلال كلمات اجنبية قد لا تتطابق كل التطابق مع مصطلحاتنا؛ فآثرت ان اذكر هنا بعض تلكم المصطلحات الاجنبية ليتسنى مقارنتها بالمصطلحات التي تناظرها في العربية دونما لبس وابهام بعد الذي عرفناه من مفاهيمها ومدلولاتها.

ففي المصطلح الانكليزي نجد أربع كلمات هي: "Act of parliament"[١] و "Law" و "Jurisprudence" و "Legal Theory". الاولى من هذه تناظر مصطلحي التشريع والقانون بمعنى التشريع المقنن. والثانية تناظر القانون بمعناه الاعم اي السادس من معانيه الستة المذكورة في ما مرّ (مجموع الاحكام والقواعدالمنفذة المرعية). والثالثة استعملت تارة بمعنى الفقه وعلم القانون واخرى بمعنى علم اصول القانون، فالمصطلح على هذا النحو مشترك المعنى. اما الرابع فقد اطلق على علم اصول القانون[٢].

وفي المصطلح الفرنسي اربع كلمات مثلها هي: "Loi" و "Droit" و "Jurisprudence" و "Theorie de Droit". ومعاني هذه بحسب تتابعها هنا هي التشريع، فالقانون، فالفقة، فاصول القانون. غير ان الكلمة الثانية قد

---

(١) للكلمة الاولى مرادف هو "statute". وقد شاع استعماله في المصطلح الامريكي.

(2) Refer to "Salmond on Jurisprudence", llth. ed.,pp 1-3.

استعملت بمعنى الحق كذلك؛ والثالثة استعملت أيضاً بمعنى السوابق القضائية وبحوثها الفقهية[1].

فاذا قارنا بين المصطلحات العربية والانكليزية والفرنسية وجدنا ان مشتركات المعنى منها هي في العربية «القانون»،وفي الانكليزية "Jurisprudence"،وفي الفرنسية "Droit" و "Jurisprudence"؛ وان المصطلح الثالث في كل من الانكليزية والفرنسية لا يتناظران في المعنى دائما على الرغم من وحدة المبنى، بل التناظر انما يتم حين يراد به الفقه في كل من الانكليزية والفرنسية.

هذا؛ وما دمنا قد المنا في هذا الفصل بهذه المصطلحات القانونية المهمة، فان من اتمام الفائدة ان نختم الفصل بمبحث نستوضح فيه معاني ثلاث مصطلحات اخرى تواردت في الكتب العربية في اصول القانون تواردا فيه شيء من الخروج عن الاصطلاح القانوني العربي ومن التأثر بظواهر المعنى اللغوي لمصطلحات اجنبية.

---

(1) "Jurisprudence des arrets"in French legal terminology may be taken partly to denote what is termed "case - law" in the English.

وراجع - اذا شئت- لبعض هذه المصطلحات، السنهوري، «اصول القانون»، ص٣ ، ٤ ، ٧ (الهوامش). وحسن محمد ابو السعود « مذكرات في اصول القانون » ص ١٨- ٢٣.

١١- الاحكام والقواعد والنظم:

ولنمض ههنا كما في المباحث السابقة على تبّين حقائق الاشياء في واقع الامر، ثم الاهتداء من اوضاعها كما هي الى فهم الالفاظ الاصطلاحية. نفتح القانون المدني العراقي فنجد فيه في المواد الخاصة بالإيجار هذه الجملة: « تبدأ مدة الاجارة من الوقت الذي سمي في العقد... »[١]؛ ونفهم من هذا النص ان استحقاق المؤجر بدل الإيجار واستحقاق المستأجر الانتفاع بالسكنى في الدار يبدآن منذ التاريخ الذي يعينانه في عقد الايجار، اي ان حكم القانون النافذ في بداية مدة الاجارة هو هذا. ثم نلاحظ ان هذا الحكم القانوني وان كان خاصا بالاجارة دون «الصرف» و«المقايضة» وغيرهما من العقود- كما يدل على ذلك النص صراحة - فانه ليس مما يختص بعقد الاجارة اذا كان من عمل محمد وخالد ولا يختص به اذا كان من فعل سعد ومعاذ، بل هو عام في كل عقد اجارة يعقده شخصان فاكثر أيا كانوا. فهذا الحكم القانوني يختص بصنف موضوعه شاملا عقد الايجار دون غيره من العقود، لكنه يعم افراد هذا الموضوع كل العموم بحيث ان كل اجارة تتم في العراق بين كل طرفين متعاقدين فان مدتها تبدأ من التاريخ المذكور في العقد.

ثم نأتي الى كتاب في الفقة، في اثبات الالتزام او

---

(١) «القانون المدني» م ٧٣٩.

اصول الترافع، فنجد فيه هذه العبارة: «البينة على من ادعى واليمين على من انكر»؛ فنفهم منها أن من ادعى لنفسه بحق فعليه هو اثبات دعواه؛ وليس على المدعى عليه اقامة البينة، لانه ينفي ولا يثبت فكل ما يعقل ان يطالب به هو يمين تشعرنا بصحة قوله في ما نفى. هذه قاعدة فقهية ظاهرة العموم في أصناف موضوعها وافراد كل صنف: فهي تعم انواع الدعاوى المدنية فلا تختص بنوع او صنف منها، وتعم في كل صنف كل دعوى يقيمها مدع على مدعىً عليه أيّا كانا. وهذا نوع من الشمول والعموم الاستغراقي صيّر معنى تلك العبارة قاعدة كلية. غير ان هذه القاعدة، وان كانت كلية، لاتلزم احداً ولاتصبح واجبة الاتباع الا اذا صارت حكماً قانونياً إما بالنص عليها في تشريع او بجعلها هي او الفقه الذي هي جزء منه مصدراً من مصادر القانون عند فقدان النص. فاذا لم يتحقق ذلك، فما اكثر في الفقه القواعد الكلية التي لا يلتفت اليها أحد! فالقاعدة، اذن، تبقى امراً نظرياً محضاً الى ان تصبح حكماً من الاحكام القانونية فتدخل بذلك مجال التطبيق الالزامي. وقد تم ذلك للقاعدة ذاتها التي اوردناها مثالاً، فقد جعل نصها مادة من القانون المدني العراقي لها ما لمواده الاخرى من صفة الالزام[١].

فنعلم مما تقدم ان الحكم أعم من القاعدة القانونية، فهما متمايزان بالعموم والخصوص، اذ ان الاحكام القانونية منها

---

(١) المادة ٤٨٨.

ما هو قواعد كلية، ومنها ما ليس كذلك بل مجرد احكام عامة في ما تتناوله. هذان المصطلحان هما من المصطلحات القانونية العربية المعروفة المستعلمة منذ قرون. لكن بعض الاصوليين المعاصرين في البلاد العربية استعملوا في كتبهم القاعدة بمعنى الاحكام القانونية، غير ملتفتين الى فوائد التمييز بين ذينك الشيئين المتميزين في واقع الامر. وغالب ظني ان كلمة القاعدة بهذا المعنى الملتبس قد أتتهم من ترجمة لغوية محض للمصطلح الفرنسي "Regle"، في حين ان المراد من الكلمة الفرنسية نفسها هو معناها الاصطلاحي لا اللغوي، وأن نظيرتها الاصطلاحية في العربية هي الاحكام القانونية لا القواعد وحدها[١].

وقد يزيد ما اسلفناه وضوحاً ان نطلع على خصائص الاحكام القانونية، تلك التي نقلها اولئك الاصوليون انفسهم لما اصطلح عليه بكلمة "Regle". فمن خصائص الاحكام القانونية (القواعد في استعمالهم) انها المادة التي يتكون منها

---

(١) بل قد يكون الالتباس ناشئاً عن متابعة غير دقيقة للدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه «اصول القانون» ص١٣-١٤. فقد عرف السنهوري القانون اجمالاً بان من خصائصه انه قاعدة منظمة ملزمة، ولم يقل قط بان كل الاحكام القانونية هي قواعد كلية، ولا ان القانون لا يشتمل الا على قواعد كلية على وجه التفصيل. لكن المؤلفين الذين اقتبسوا من كتابه تكلموا في القانون على انه تفصيلاً متألف من قواعد كلية يتقوم بها وحدها. ولسنا نعتقد الفرق بين الكلامين مما يخفى.

القانون، فالقانون انما يتألف من مجموعة احكام. ومن خصائصها انها تأمر وتنهى فتقرر بذلك واجبا او حقا لا يقوم بأولهما ولا يستعمل ثانيهما الا شخص عاقل، فالامر والنهي غير موجهين الى الحيوانات فليس لها حقوق وواجبات. ومن الخصائص انها تنظم "السلوك الخارجي" للاشخاص (اي افعالهم واعمالهم الناشئة عنها علاقة اجتماعية قانونية) لا مشاعرهم وعواطفهم واحساساتهم النفسية. ومن خصائصها انها تكون عامة في ما تتناوله ولا تختص بحال شخص واحد معين بالذات؛ فالحكم (القاعدة عندهم) الذي يجعل الحبس عقاباً للسارق حكم قانوني لانه يعم كل السراق ولا يختص بزيد السارق وحده؛ لكن الامر الاداري بترفيع عبيد الموظف، والقرار القضائي الصادر بحبس زيد السارق خمسة اشهر او بوضع الحجز الاحتياطي على دار خالد المدين، لا يعد أيّ منهما حكماً قانونياً لانه انما يتناول علاقة او حادثة جزئية معينة، فخاصة العموم معدومة في كل من الامر والقرار. وآخر خصائصها أن مخالفتها تفضي الى جزاء او عقاب تختلف انواعه باختلاف نوع الحكم الذي حدثت مخالفته[1]. وبعد، فهل هذه الا خصائص الاحكام القانونية؟!

(١) انظر ابو السعود، «مذكرات في اصول القانون»، ص٢٥-٣٧. والدكتور سليمان مرقس «المدخل للعلوم القانونية» ،ص٧-١٤. وقد وفق هذا الكاتب الاخير كل التوفيق (على الرغم من استعماله القواعد بمعنى الاحكام) في التحدث عن القاعدة على انها خطاب موجه الى الاشخاص يتضمن امرا أو نهياً.

ومادمنا قد وضحنا في ما تقدم معنى الاحكام القانونية وخصائصها فان اتمام البحث فيها يقتضي ذكر متعلق هذه الاحكام. تلك هي المتعارف عليها اصطلاحا بالوقائع وبالعلاقات القانونية. فكل علاقة تنشأ بين شخصين فإما ان يكون لها حكم او لايكون لها حكم في القانون. فاذا لم يكن لها حكم قانوني فهي علاقة واقعية مرسلة (وقد سميت ايضا علاقة مادية وطبيعية). ومتى وجد للعلاقة المرسلة حكم قانوني فهي عندئذ تتحول الى علاقة قانونية. يعرف من هذا ان العلاقة القانونية تتألف من علاقة واقعية هي محل الحكم القانوني ومتعلقه ومن الحكم القانوني المتعلق بها. ومن هنا قال الاصوليون المعاصرون ان للعلاقة القانونية عنصرين هما العلاقة المادية (الواقعية) والحكم القانوني الذي يحكمها[١].فعمل البيع في واقع الحال علاقة واقعية اصبحت علاقة قانونية لوجود احكام قانونية تتعلق بها تعلق تنظيم. أوقل ان الواقعة اذا لم يكن لها حكم فهي مرسلة، فمتى وجد لها حكم فهي حينئذ واقعة قانونية . فلا فرق بين الواقعة والعلاقة القانونيتين، إلا ان الاولى عريقة في الاصطلاح القانوني العربي والثانية مستحدثة فيه.ولنأت الآن الى مصطلح «النظم القانونية»[٢]. يراد بالنظام القانوني الاشارة

---

(١) راجع ابو السعود «مذكرات في اصول القانون» ص٢٩-٣٠.

(٢) انظر الدكتور سليمان مرقس، «المدخل للعلوم القانونية»، ص٢٠ ومابعدها.

الى فروع من القانون، اي الى كل مجموعة متجانسة من الاحكام القانونية تتعلق بنوع معين من انواع افعال المكلفين وعلاقاتهم القانونية. فيقال مثلاً: نظام الارث ونظام البيع ونظام الشفعة؛ ويقال كذلك : نظام التعسف في استعمال الحق في الشريعة الانكليزية والشريعة الفرنسية والشريعة الاسلامية. ويبدو لي ان هذا مصطلح حديث النشأة بين المصطلحات العربية، وأنه مستحصل من ترجمة موفقة لمصطلح Institution الفرنسية. لكنه مصطلح مفيد لسببين: اولهما تسهيل الاشارة الى فرع معين من القانون او الاحكام التشريعية في شريعة واحدة او شرائع مختلفة كما رأينا؛ وثانيهما ان الاحكام التشريعية في اغلب فروع القانون يبحث فيها وتدرس، لا على انها أشتات مفرقة من احكام ومواد منفصلة، بل على انها نبذة متجانسة تؤلف بينها وحدة في الموضوع وتنسقها قواعد فقهية مترابطة. فلا بأس في ان ندعو هذه الفروع نظما وان نسمي كل نظام منها باسمه، وان ادى ذلك إلى صيرورة لفظ «النظام» مشترك المعنى كما هو الشأن في البلاد العربية التي اصطلحت على تسمية الاحكام القانونية المتممة للتشريع نظاما، ومنها العراق.

نظن ان في ما تقدم من المباحث غنية في التعريف بالقانون واصول القانون وبعض مقوماتهما التي عرضناها خلال البحث في المصطلحات عرض توضيح وتحليل. فسنمضي في الفصل الذي بعد هذا الى استعراض شؤون هي بعلم اصول القانون ألصق منها بالقانون.

الفصل الثالث

اصول القانون

نشأته ومقاصده واستمداد مسائله

١٢- اليونانيون واصول القانون:

إنه لمن جليات ما يعلمه المطلعون على اخبار الحضارتين اليونانية والرومانية ان باع اليونانيين في مجال القانون كان قصيراً قصر باع الرومانيين في مجال الفلسفة. ذلك لا يعني ان الاولين قد فقدوا القانون او لم يتناولوه بالبحث قط، ولا ان الآخرين قد جهلوا الفلسفة جهلاً مطبقاً. بل المراد ان الصناعة التي عنى بها الاغريق هي الفلسفة، والتي عنى بها الرومان هي القوانين[١]. اما الاغريق فقد كانت لهم قوانينهم التي تنظم الروابط الاجتماعية بينهم، لكنهم لم يوفقوا في ميدان الشريعة، لا الى انشاء فقه اغريقي اصيل ولا الى تكوين علم باحث في القانون وخصائصه. ومع ذلك فان ما خلفوه من تراث لم يخل من نظرات نافذة في مسائل هي من جملة ما يتناولها علم اصول

(1) For a vivid, but strongly over-coloured, picture of the contribution to jurisprudenece by Roman jurists, and to legal philosophy by Greek philosophers, see W.Friedmann, "Legal Theory", p.5.

القانون كما نعرفه اليوم. وان زهرة تلكم النظرات النافذة هي عند افلاطون وارسطوطاليس. فلكي نتمكن من استيعاب ما سننقله هنا من آرائهما في هذا الباب، لابد لنا من المامة عامة بعقيدة اليونانيين في الكون والحياة والعدل.

كان العالم عند اليونايين متألفاً من ارض هي هذه البسيطة الغبراء، وسماء هي تلك القبة الزرقاء المتكونة طبقاتها من مادة شفافة جامدة لاتقبل الخرق والالتيام عادة، وكواكب في السماء منها ما هي آلهة او تقطن فيها آلهة(١). اما الارض فكل ما فيها من اشياء واجسام طبيعية، وكل ما عليها من نبات وحيوان وانسان، فان نواميس وجودها وحياتها، وقوانين شؤونها واحوالها، إنما تأتي من لدن تلكم الآلهة بطرق مختلفة مباشرة وغير مباشرة. وأما العدل والقانون في الارض فهما من جملة اختصاص "المشتري" (Jupiter, Zeus) الكوكب السيار الاكبر والآله الاكبر رب اولئك الارباب. والقانون يتمثل في احكام يشرعها الملوك، مستلهمة من نفحات الخير عند المشتري ومبنية على الاعراف

---

(١) انتقلت آراء اليونانيين في البسائط الفلكية واعدادها وطبقاتها وحركاتها الى بعض الفلاسفة المسلمين الذين شايعوهم في تلكم الآراء وحاولوا تبريرها بزيادة ادلة ظنوها براهين علمية ولم تكن غير استدلال من مشاهدات حسية ناقصة لبعض الظواهر الفلكية. فلهذه التفصيلات الخارجة عن نطاق بحثنا في القانون، ليرجع من شاء الى العلامة التفتازاني «شرح المقاصد»، ١/ ٣٣٥-٣٥٠.

والتقاليد[١]. لكن الناس حكاماً ومحكومين قد وهبوا مواهب الخير والشر، وما اكثر ما تنزع موهبة الشر الى ابتداع احكام قانونية تناقض ذلك النوع من القانون العادل والخير المطلق؛ ومن ههنا ينشأ التعارض بين القوانين المنفذة وبين العدل.

غير ان الخير والشر في مجتمع الانسان ما داما امرين يمكن النزوع اليهما، فلم لا ينزع الانسان الى الخير وحده في تنظيم شؤون حياته، القانونية منها وغير القانونية؟ ههنا يبرز افلاطون الميال الى الخير، فيصور «الجمهورية الفاضلة» الخالية من كل شر والمليئة بكل خير. جمهورية مزدهرة في نصوص بليغة من الكلام، او قل خيال مُرْبِع ما إن به من كلل ولا خلل! لكن تجاريب الحياة علمت افلاطون نفسه ان الواقع غير الخيال، ولاسيما بعد ان عمل مستشاراً للدكتاتور السيسيلي الجائر Dionysius. عندئذ انتقل افلاطون من امنية الجمهورية الفاضلة الى الرضى بدولة فيها تقهر الحكومة الناس على اتباع احكام قانونية تنظم اوجه نشاطهم العديدة من تكوين اسرة ومن تجارة وزراعة واعمال مهن؛ ذلك لاجل ان ينقذ الناس من الشحناء والفوضى والحروب، تلك السيئات التي طالما ابتلي بها المجتمع الاغريقي، ولاجل ان ينعموا بالسلام والطمأنينة ورفاه العيش في ظل القانون[٢]. هكذا دعا افلاطون الى مجتمع رفاهية من خلال

---

(1) Friedmann, "Legal Theory", pp.5 (at the end) 6 (at the beginning).
(2) Ibid. pp. 7,8.

قوانين تستلهمها من منابع الخير المطلق افراد مختارون قليلون، وتفرضها بالقهر على الناس جميعاً سلطة مستبدة؛ وقد دونت تفصيلات دعوته في كتاب «القوانين» المنسوب اليه، في حوار ثلاثي بين اثيني وسبارتي وكريتي تناقشوا في امور الدولة والقانون. وما اشبه هذا الرأي بما وجدته الحضارة الاوربية الحديثة من مذاهب سياسية واجتماعية تدعو الى بناء الدولة على اساس الاستبداد والاستيثار بالسلطان العام من شخص او حزب او طبقة من الناس، استيثاراً يقال يقصد من ورائه الى استتباب الامن وانتظام الاحوال والاعمال ورفاهية ابناء الشعب في ظل الحكومة وقوانينها[1].

ثم اتى ارسطوطاليس ليتم ما بدأه صاحبه؛ وكان اوضح من سلفه فكراً واقرب منه الى الغاية في امر الحكومة والقانون. تحدث هذا الفيلسوف اكثر ما تحدث عن مجتمع المدن والدستور وانواع الحكومات، لكنه تطرق خلال هذا الحديث الى بعض خصائص العدل والقانون، فعرضها عرضاً يقرّب المجردات العقلية من خير وعدل مطلقين الي واقع حال القانون ووجه تطبيقه في المجتمع. فلنستخلص ههنا اهم آرائه في خمسة مسائل:-

الاولى: ان للانسان، وهو جسم عاقل، صفة ذاتية مزدوجة: فهو لكونه جسماً يخضع - غير مخير في ذلك - لقوانين الطبيعية كأي جسم آخر، وهو لكونه عاقلاً ذا روح وقدرة

---

(1) See also Ibid. P. 8.

وارادة يهيمن على المرافق الطبيعية ويوجه ارادته كيف يشاء ويستطيع التمييز بين الخير والشر[١].

الثانية: ان العدل موهبة سياسية، فبمقتضى احكامه تنتظم الدولة، وهذه الاحكام هي المقياس الذي يعرف به الصحيح من الفاسد[٢].

الثالثة: ان العدل ينقسم الى عدالة توزيع وعدالة تقويم. الاولى توجه توزيع الاموال والوجاهة بين الناس بحسب منازلهم في المجتمع، فاذا تساوى اشخاص في المنزلة امام القانون فانهم عندئذ يعاملون معاملة واحدة. فأما الاخرى فتقوّم المظالم بوضع احكام لها ولآثارها، كالعقاب على الجريمة والتعويض عن الضرر[٣].

الرابعة: ان العدل الطبيعي (يعني الموجود في الطبيعة آتيا من الآلهة او من العقول العشرة او العقل الاعظم[٤]) هو ذلك

---

(1) Ibid. p. 9.
(2) Ibid. p. 12.
(3) Ibid. p. 9.

(٤) حصل تطور في الفكر اليوناني من كون الكواكب آلهة إلى وجود عقول فلكية، عشرة او اكثر، أولها العقل الاعظم. ولما كانت تفصيلات هذه المسألة غريبة عن موضوع بحثنا اكتفينا بالاشارة اليها استدراكاً بين قوسين، فمن اراد مزيداً من العلم بها فليرجع الى العلامة التفتازاني، «شرح المقاصد»، ٢/٤٩-٥٣. ولصلة العقل المدبر لشؤون الكائنات بالقانون راجع:
"Salmond on Jurisprudence", p.27, et seq.

الذي يتحد أثره في كل مكان ولا ينشأ مختلفاً باختلاف آراء الناس. أما العدل القانوني فهو عدل مرسل لا يتعين الا عندما يشرع ويجعل حكماً قانونياً؛ كما جعلت فدية الاسير «ماينا» واحدة (وهي عملة قديمة = ١٠٠ دراخما = ٤ دنانير عراقية تقريباً) وجعلت الاضحية نعجة لا غنمين، وكذلك الشأن في الاحكام القانونية الاخرى[١].

الخامسة: ان القوانين - ما خلا الدستور - من خصائصها ان تنظم كلا من عقوبة الجاني وسلوك القاضي في اداء وظيفة القضاء[٢].

في ما تقدم صورة واضحة للفكر القانوني الاغريقي راعينا في تتابع ملامحها الاطوار التي مر بها هذا الفكر. ومنها يتبين ان اولئك الفلاسفة وان لم تخل نظراتهم النافذة من الوقوع احياناً على قضايا متعلقة ببعض احوال القانون ومصادره، فان كل ما استحصلوا من نتائج نظرهم فيها كان ما يزال بعيداً كل البعد عن مشارف علم اصول القانون.

١٣- الرومان واصول القانون:

اشرنا في صدر المبحث السابق الى ان القانون صناعة فاق الرومان فيها الاغريق تفوقاً كبيراً، لكن ينبغي ان لا

---

(1) W. Friedmann, "Legal Theory", p.21.
(2) Ibid. p. 10.

يتلقى هذا القول على انه اشعار بتوصل الروم الى ابتداع علم اصول القانون او بتفوقهم على اليونانيين في التطرق الى أشتات من القضايا هي من مسائل علم الاصول كما نعرفه اليوم. فإن نقائض ذلك كله هي حقيقة الحال. لقد رأينا كيف ألمّ آرسطوطاليس بمسألة العدل الطبيعي وعلاقته بالقانون؛ وهذه من الموضوعات المهمة التي نبحثه اليوم في هذا العلم. اما فقهاء الروم فقد انصرفوا الى القضاء والفتيا وشرح المسائل القانونية، ولم يصنعوا في مجال اصول القانون شيئاً يتفوقون به على الفلاسفة الاغريق.

فقد نشأ القانون الروماني في صوامع الكهان قبل ميلاد السيد المسيح (عليه السلام) متألفاً من عادات لها صبغة دينية؛ وقد اعتبره الكهان سراً من الاسرار لا يبوحون بما فيه من احكام قانونية، بل هم كانوا يفصلون في ما تعرض عليهم من المنازعات على وفق ذلك السر الذي لم يجعل للناس سبيل الى الاطلاع عليه.ثم افشي السرّ ودون ما كان منه في الالواح الاثني عشر المشهورة في اوروبا، وبدأ القانون يتعلم، ورجاله يظهرون[١].وما ان وصل الرومان القرن الميلادي الثالث حتى كان لهم قانون واضح المعالم وقضاة نابهون وفقهاء يبحثون ويفتون في مغلقات القضايا. ثم مضت قرون اخرى وآلت السلطة الى

---

(١) راجع السنهوري،«اصول القانون»، ص١٠٩-١١٣؛ والمحمصاني «فلسفة التشريع في الاسلام»، ص١٩٤-١٩٦.

الامبراطورية الشرقية (البيزنطية) وظهرت في عهد الامبراطور جستنيان مدونات القانون الروماني المعتنى بها في الدول الاوروبية وفي انكلترا وامريكا حتى يومنا هذا ؛ وأهمها "Institutes" و "Digest". هذا؛ على ان هناك مدونة اقدم من هذه كلها عرفت بـ "Institutes of Gaius" منسوبة الى فقيه من فقهاء اواخر القرن الميلادي الثاني؛ وقد نشرها احد الاساتذة المتخصصين في انكلترا عند بداية القرن العشرين مترجمة الى الانكليزية ومشروحة بتعليقاته(١). وإنك اذا قرأت هذه المدونات وجدت فيها القانون ووجدت فقها دقيق البحث يفوق كثيراً ما عرف من قوانين الامم القديمة الاخرى. ذلك مبلغ الرومان من الفقه(٢).

اما في مجال اصول القانون فقد اختلف الباحثون

---

(1) This is Edward Post, in his "Institutions of Roman Law", being a comentary on and a translation of the "Institutes" by Gaius.

(2) For the above synopsis, which provides no more than a birds-eye view of the chronology of Roman corpus juris, see R.W.Lee, "Elements of Roman Law", pp. 1-45 and passim, where detailed information is briefly set out.

للرومان ست مدونات هي:

"Codex, Digesta (Pandectae), Institutes, Quinquaginta Decisiones, Codex Repertitae Praelectionis, Novellae Constitutiones".

وقد جمعت كلها في مدونة واحدة تدعى:

"Corpus Juris Civilis"

الغربيون في امرهم: هل ألمّوا ام لم يلموا بشيء من اسسه ومسائله؟ فمن هؤلاء الباحثين من إلتفت الى التطور الخطير الذي حصل في القانون الروماني بمزج القانون الخاص بالروم (jus civile) بقوانين الشعوب (jus gentium) التي سادتها الامبراطورية الرومانية؛ ورأى ان هذا المزج انما كان تطبيقاً عملياً لفكرة القانون الطبيعي، ومن ثمّ منبعثاً للفكَر المختلفة التي عهدتها اوروبا في قرونها الوسطى عن القانون الَطبيعي ولنظريات القانون الطبيعي في العصر الحديث على اختلاف الوانها. ويذهب آخرون الى ان اعتبار ذلك التطور في القانون الروماني تطبيقاً عملياً لفكرة القانون الطبيعي يتنافى كل التنافي مع ما نقل في مدونة Digest عن الفقيه الروماني الكبير Ulpian من ان القانون الطبيعي (jus naturale) مخصوص بالبهائم دون الآدميين[١].

ونرى ان الغلوّ يكتنف كلا من المذهبين المتقدمين في هذه المسألة: فلا قول «ألبيان» المشار اليه يصلح دليلاً كافياً للجزم بان الفقهاء الرومانيين قد نبذوا فكرة القانون الطبيعي؛ ولا مزج قانون الروم بقوانين الشعوب يصلح ان يعد تطبيقاً عملياً لتلك الفكرة. فقد رأينا في المبحث المتقدم كيف ان الفلاسفة الاغريق كانوا هم السابقين الى النظر والبحث في امر القانون الطبيعي؛ واذ قد كان الرومان هم الذين اعقبوا اليونانيين وانتشروا في ارجاء اوروبا وقسم من آسيا، فان القول ببقاء آراء

(1) Cf. "Salmond on Jurisprudence", pp. 26-30, and Friedmann, "Legal Theory, "pp. - 24(particularly p. 23, note 3).

اليونانيين كلها مجهولة عندهم جهالة تامة لأمر بعيد في مجال الاستنتاج من احوال العهدين. ويماثله بعدا ان يعزى تطور القانون الروماني الى فكرة القانون الطبيعي. فنحن نعلم ان هذا القانون انما تكون من خلال القضاء والفتوى؛ فلما توسعت رقعة الدولة الرومانية ودخلت في إمرتها عشرات من الاقوام استعصى تطبيق قانون روما على اولئك الاقوام المختلفين في ما كان لهم قبل ذلك من قوانين غارقة في القدم ومن عادات وتقاليد متباينة. فما كان من القضاة حينئذ الا ان شمروا عن ساعد الجد ومضوا يقضون بين اولئك الاقوام مستخلصين احكامهم مما وجدوه من تلكم القوانين والاعراف وموفقين بينها وبين احكام القانون الروماني الاصل قدر الامكان. من ذلك الجهد المتواصل تكونت مجموعة "jus gentium" واصبحت رديفا لمجموعة "jus civile"؛ثم انتهت الحال الى مزج المجموعتين على ما اسلفنا(١). فالضرورات الآنية العملية في مجال القضاء، ثم ادارة العدل في ارجاء الدولة، هي التي أدت الى تكون تينك المجموعتين، ثم الى امتزاجهما آخر الامر؛ وأين هذا من الالتزام بفكرة القانون الطبيعي، تلك التي ما تزال في طور صباها في ذلك العهد.

ثم نرى ان الفقهاء الرومانيين وان لم يتوصلوا الى تكوين علم اصول القانون، فان شريعتهم لم تكن قط غفلا من مسائل هي من جملة ما يتناوله هذا العلم بالبحث والتمحيص.

---

(١) في المبحث السابق. او إذا شئت فانظر:
Friedmann, "Legal Theory", p. 23.

فاذا رجعت الى المدونات التي ذكرناها آنفاً فإنك لن تجد فيها الاحكام القانونية وحدها، بل ستجد فيها فقهاً. هنالك تبدأ ترى قواعد كلية وتنويعات فقهية شيقة مثل تقسيم القانون الى قانون اشخاص وقانون اموال والتمييز بين احكام الاهلية والميراث واحكام انتقال الاموال بتوافق ارادتين متقابلتين. وهذه مباحث يتناولها علم اصول القانون من جوانب عدة، وان لم يكن الغرض من تناولها التفريع والتوصل الى احكام قانونية لوقائع (اي علاقات) قانونية معينة. فاذا امكن اعتبار المباحث التي اجادها اليونانيون في مجال الفلسفة والسياسة ونظم الحكم والعدل الطبيعي والقانون نوعاً من الاسهام في نشأة علم اصول القانون في اوروبا الحديثة بعد قرون طويلة، فان القواعد الفقهية التي وضعها الرومان في مجال القانون المدني جديرة كل الجدارة بذلك الاعتبار. لكن الحقيقة في امر اصول القانون ستبقى قائمة، وهي ان الفلاسفة الاغريق والفقهاء الرومان سواسية في عدم التوصل الى ابتداع هذا العلم.

١٤- اصول القانون في الشريعة الاسلامية:

مع انبثاق الحضارة الاسلامية نرانا في عصر جديد في مجال اصول القانون. لقد رأينا في المباحث المتقدمة كيف ان الحضارتين اليونانية والرومانية السابقتين زماناً لم يكتنف نشاطهما العقلي والقانوني علم اصول القانون. فاذا اتينا الى الحضارة الاسلامية نجد ان القانون يسلك في نشأته وتطوره

مسلكاً ليس يشبه مجرى تطور القانون الروماني بل يختلف عنه اختلافاً شديداً. فالقانون الروماني - كما اسلفنا - بدأ قضاء واحكاماً ثم انتهى فقهاً بعد انقضاء قرون طويلة على الخطوات البادئة في تكونه[١]. اما القانون الاسلامي فقد بدأ احكاماً وقضاء وفقهاً واصول قانون في وقت واحد؛ وتطور فيه كل من علم القانون وعلم اصول القانون تطوراً سريعاً ما نجد له شبيهاً في قصر أمده الزماني، لا في المجموعات التشريعية السابقة عليه ولا في المجموعات اللاحقة له. يبتدئ القانون الاسلامي - على ما هو معلوم - بظهور الاسلام، ثم لا يمضي غير قرن واحد من عمر الزمان إلا والفقه علم من العلوم يتلقى ويدرس، والمدارس الفكرية القانونية متبوئة مكانة مرموقة في الدولة الاسلامية ومتخذة مراكز متعددة في مكة والمدينة والكوفة وبغداد. وعند منقلب القرنين الاول والثاني من الهجرة ابتدأت مرحلة تدوين المدونات والموسوعات في علم القانون وفق مناهج متنوعة، ومابرح النشاط العلمي في هذا المجال يتعاظم الى نهاية ذلك القرن. انتج ذلك النشاط العلمي القانوني تراثاً ضخماً من الكتب بقي لنا منه «الموطأ» لمالك بن أنس و «المدونة الكبرى» لأسد بن الفرات و «الام» للشافعي،، وعدد من كتب العراقيين منها «الأمالي» و «الحجة على اهل المدينة» لمحمد بن الحسن الشيباني و «الخراج»

---

(١) لعرض مماثل، راجع السنهوري، «اصول القانون»، ص١٢٢-١٢٣، وقارن ما فيهما بما في ص١٠-١٣.

و «اختلاف أبي حنيفة وابن ابي ليلى» و «الرد على سير الاوزاعي» لأبي يوسف. اما «الام» و «المدونة الكبرى» فهما موسوعتان كبيرتان من موسوعات الفقه والاحكام القانونية[١].

وفي خضم تلكم الحركات العقلية يطل علينا عبقري من عباقرة الفكر القانوني بسفر كامل من علم جديد هو علم اصول القانون. اما السفر فهو كتاب «الرسالة»؛ واما مؤلفها فهو الفقيه المطلبي محمد بن ادريس الامام الشافعي؛ وقد ألفها في بغداد في اوائل العهد العباسي. الرسالة هي الكتاب الذي

---

(١) في مايلي تأريخ وفاة هؤلاء الفقهاء وتفصيل طبعات مدوناتهم:-

- مالك بن أنس (١٧٩ هـ)، «الموطأ»، طبعة القاهرة (١٣٥٥ هـ)، في اربعة مجلدات مع شرح للزرقاني.
- أسد بن الفرات (٢٤١ هـ)، «المدونة الكبرى»، طبعة القاهرة (٤ - ١٣٢٣هـ) في ستة عشر مجلداً. انتهى من تأليفه قبل نهاية القرن الثاني، اذ قد اعانه الفقيه المدني المصري الشهير ابن القاسم المتوفي عام ١٩٠ هـ.
- محمد بن ادريس الشافعي (٢٠٤ هـ)، «الام»، طبعة بولاق (٦-١٣٢١ هـ) في سبعة مجلدات.
- محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩ هـ)، «الامالي»، طبعة حيدر آباد (١٣٦٠ هـ). و «الحجة»، طبعة بيروت ١٤٠٣ هـ.
- أبو يوسف، يعقوب بن ابراهيم (١٨٢ هـ)، «كتاب الخراج»، طبعة القاهرة (١٣٥٢ هـ). «اختلاف ابي حنيفة وابن أبي ليلى»، القاهرة - تأريخ الطبع غير مذكور لكن مقدمة ناشره (الافغاني) مؤرخة في ١٣٥٧ هـ.

أفرده الشافعي لاصول الفقه، لكنها ليست الكتاب الوحيد الذي خاض فيه الشافعي في مباحث هذا العلم. فلقد اسهب في بحث مصادر القانون في كتابي «جماع العلم» و «اختلاف الحديث»، كما اسهب في مباحث طرق تفسير النصوص والمقارنة بين السوابق القضائية واستخراج الاحكام القانونية منها خلال موسوعة «الام»[١].

بل لم يكن الشافعي الفقيه الوحيد الذي ألمّ بمباحث من اصول القانون خلال كتب في علم الفقه. فقد صنع ذلك معاصروه العراقيون والمصريون والمغربيون كما صنعه استاذه المدني، الامام مالك بن أنس. بل الناظر في الموسوعات المذكورة ههنا يجد سلسلة من البحوث في اوجه الاستنباط والاجتهاد ومصادر الاحكام متلاحقة في اربعة اجيال منذ بداية نشأة القانون الاسلامي الى جيل اولئك المؤلفين. ولنتذكر ههنا ما ذكرناه في الفصل الاول باديء هذا الكتاب من ان العلوم انما تنشأ بالتطور

(١) ألف كتاب «الرسالة» فيما بين عامي ١٩٥-١٩٧ من الهجرة، اذ قد مكث ببغداد عامين في ذلك التاريخ يدرس ويؤلف. كانت هذه أطول مدة بقي فيها ببغداد قبل رحلته النهائية الى الفسطاط بمصر عام ١٩٩ هـ، (لتفصيل حياته واسفاره، راجع ابن خلكان، «وفيات الاعيان»)، ٥٦٦/١). حقق «الرسالة» الاستاذ احمد محمد شاكر، وطبعت بالقاهرة عام ١٣٥٧ هـ. وانظر فهرس المراجع للكتب الاخرى التي ذكرت هنا من كتب الامام الشافعي.

لا بالطفرة: فان تلك السلسلة المتلاحقة من الابحاث هي التي أثمرت هذه الثمرة اليانعة في رياض الفكر القانوني عند الشافعي؛ لكن المدة الزمانية التي استغرقها التطور كانت قصيرة فظهر العلم الناشيء عنه وكأنه آت من عمل عقلي خاطف.

ونعتقد أن السر في ذلك التطور الخاطف لكل من الفقه واصول القانون يرجع الى ان القانون الاسلامي ما ان بدأ إلا وجد المصدر الاول من مصادره مكتوباً مقروءا، قرآناً عربياً منبعه الوحي الالهي ولاحكامه قوة في الالزام لا تدانيها قوة أيّ تشريع مقنن او غير مقنن[1]. فعلماء القانون في المجتمع الاسلامي، وسيدهم الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - ابصروا في القرآن الكريم قواعد كلية واحكاماً مفصلة في بلاغة قول معانيه اكثر من الفاظه؛ فمضوا يستنبطون الاحكام القانونية للوقائع القانونية، لا من ظواهر نصوص المصدر الاول فحسب، بل كذلك من فحوى خطابه ودلالات الفاظه وعلل احكامه ومقاصد تشريعه التي يشار اليها اليوم بعبارة «روح القانون». ثم ما لبث ان انضم الى المصدر الاول مصدران آخران للقانون هي السنة وذلك النوع من العمل العقلي المنهجي الذي عرف باسم «الاجتهاد». فهلا رجعت الى ذلك الحوار الشيق الذي تناقلته كتب الفقه وكتب السنة عندما اختبر الرسول - صلى الله عليه وسلم - علم معاذ بن جبل بمصادر القانون حين أراد ان يوليه في اليمن:

---

(١) وانظر ما ذكره السنهوري، «اصول القانون»، ص١٢٣.

- كيف تقضي. (يا معاذ)؟
- اقضي بكتاب الله.
- فان لم يكن (فيه حكم)؟
- فبسنة رسول الله (اقضي).
- فان لم يكن (فيها حكم)؟
- أجتهد رأيي.

فأقر الرسول (ص) هذا الترتيب في تسلسل مصادر التشريع[1]. وموضوع الحوار - كما ترى - هو مصادر القانون واستنباط الاحكام منها؛ وهذه من صميم مسائل اصول القانون. وقد اوجز معاذ الاجابة فيها ايجازاً يناسبه مقام التحدث الى الرسول والاجابة على اسئلته على قدرها. ليس ذلك فحسب؛ بل الفقهاء في صدر الاسلام بدأوا يتخصصون في الفقه والقضاء والفتيا أو في تمحيص العلم بمصادر معينة من مصادره. فعلي بن ابي طالب - كرم الله وجهه - قد اشتهر بالفقه والقضاء وهو من رؤوس اساتذة القانون في المدرسة المدنية؛ واشتهر عدد من علماء الصحابة باجادة فروع معينة في القانون سنقتصر ههنا في ذكرهم

---

(١) الشافعي، «الام»، ٢٠٣/٦، وفي الصفحات اللاحقة من الام بحث مستفيض في هذا الترتيب لمصادر القانون، وفي جواز الحكم بالرأي المحض وعدم جوازه مع وجود نص من المصدرين الاولين، فمن اراد فليرجع اليه.

على من اشار اليهم عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في احدى خطبه العامة ايام توليه رئاسة الدولة. قال:-

«أيها الناس، من أراد ان يسأل عن القرآن فليأت أبّي بن كعب؛ ومن اراد ان يسأل عن الفرائض فليأت زيد بن ثابت؛ ومن اراد ان يسأل عن الفقه فليأت معاذ بن جبل؛ ومن أراد ان يسأل عن المال فليأتني، فان الله قد جعلني له خازناً وقاسماً... إني قد بقيت فيكم بعد صاحبيّ... وإني لن يحضرني من اموركم شيء فاكله الى غير اهل الجزاء والامانة، فلئن احسنوا لاحسننّ اليهم، ولئن اساؤا لانكلنّ بهم»[1].

هكذا تلاحقت تلك السلسلة من النظر في القضايا الفقهية والاصولية ومن السير بهما جنباً الى جنب مع القضاء والفتيا في الوقائع القانونية اليومية، حتى ادت الى ما اجملناه من ظهور المدارس الفكرية القانونية وتكامل ذينك العلمين الجليلين، علم القانون (الفقه) وعلم اصول القانون (اصول الفقه)[2].

---

(١) راجع ابن عبد ربه الاندلسي، «العقد الفريد»، ١٤٧/٤. وعبد الله مصطفى، «الرقابة المالية العامة»، ص٤ (الهامش الاول).

(٢) لتفصيل ما اقتضبناه في هذا المبحث من أمر تطور القضاء والفقه وعلومه في المجموعة الاسلامية، يتسنى الرجوع الى: الاستاذ محمد الخضري «تأريخ التشريع الاسلامي»، والاستاذ عبد الوهاب خلاف، «خلاصة تأريخ التشريع الاسلامي» (ملحقة بكتابه «علم اصول الفقه»)، والدكتور =

ثم بعد وفاة الامام الشافعي - رحمه اللّه - عام ٢٠٤ من الهجرة، تتالت تواليف المختصرات والمطولات في هذا العلم على انماط واساليب شتى. ومؤلف هذا الكتاب عاجز في هذا المقام عن حصر الكتب والموسوعات الاسلامية في علم اصول الفقة، فان ذلك لا يتسنى الا بوضع فهرس ضخم ليس هو من أربابه. لكن المطولات المطبوعة المتيسرة في اسواق الكتب في ايامنا منها: «المستصفى» للامام الغزالي (المتوفى ٥٠٥هـ)، «والإحكام في اصول الأحكام» للفقيه والسياسي الاندلسي علي بن حزم الظاهري (المتوفى ٤٥٨هـ)، و «الإحكام في اصول الأحكام» لابي الحسن علي الآمدي (المتوفى ٦٣١ هـ)، و «إعلام الموقّعين لإبن القيم (المتوفى ٧٥١هـ)، و «الموافقات» لابراهيم بن موسى الشاطبي الغرناطي (المتوفى ٧٩٠ هـ).

اما المختصرات التي الفها الاستاذة المعاصرون فلا يحضرني منها الآن غير اثنين هما «اصول الفقه» للمرحوم الاستاذ محمد الخُضَري (المتوفى ١٩٢٧م) صاحب «تاريخ التشريع الاسلامي»، و «علم اصول الفقه» للمرحوم الاستاذ عبد الوهاب خلاف،الاستاذ بقسم الدراسات العليا بكلية الحقوق في جامعة

= السنهوري، «اصول القانون»، ص ١١٣-١٢٣. ويبدو لي ان الاستاذين السنهوري وخلاف انما اعتمدا في ما عرضاه على المعلومات المبسوطة في كتاب الاستاذ الخضري، إلا فيما انفردا بملاحظته ووجه عرضه. وقد صنعنا مثل ذلك ههنا بما توفر لدينا من المعلومات في هذا الباب.

القاهرة (وقد توفي قبل سنوات قليلة)[١].

١٥- اصول القانون في الشرائع الاوروبية:

حين نذكر «اوروبا» ذكراً مطلقاً في هذا الكتاب أو ننسب اليها شأناً فالمراد ليس القارة الاوروبية وحدها، بل بلدان الحضارة الاوروبية الحديثة ومنها انكلترا وامريكا وروسيا، أي بلدان الحضارة الغربية في عصرها الحديث؛ فاذا اريد غير ذلك فإما ان يصرح بالمرام او يكون سياق الكلام وموضوعه دالين على المقصود دلالة واضحة. عرف هذا العصر اصول القانون، فهو من علومه الفتية اليوم. وكان العلماء الألمان والانكليز هم السباقين الى بحوث هذا العلم والتأليف فيه؛ وقد تأخر عنهم الفرنسيون في ذلك ثم بدأوا يحذون حذوهم في اواخر القرن الماضي. ويعزى التأخر الى اهم اسبابه، الى المسلك الفقهي الذي سلكته «مدرسة الشرح على المتون» في فرنسا منذ ايام نابليون. يروى أن نابليون كان يكره الدراسات العقلية والفلسفية في مجال القانون؛ ويرى ان تشريعاته المقننة، وفهم اوجه تطبيقها، فيها كفاية وغنية في دراسة القانون. فمضى رجال القانون الفرنسيون منذ ايامه يبذلون قصارى جهودهم في شرح نصوص تلكم القوانين واقتناص الاحكام منها؛ ومشى الفقهاء وعلماء الجامعات الفرنسية المشية نفسها؛ فسميت مدرستهم الفكرية هذه «بمدرسة الشرح على

---

(١) لطبعات بعض الكتب المذكورة هنا، راجع فهرس المراجع في آخر الكتاب.

المتون» في الكتب العربية الباحثة في أمر علم الاصول الاوربي[١]. ويسميها الفرنسيون انفسهم "L' E cole de L' Exegese;" ويبدو لي ان الترجمة تأتي اكثر توفيقا لو أنا جعلناها «مدرسة الشروح» أو«مدرسة التفاسير» وحذفنا منها كلمة المتون، إذ ان تفاسيرهم وشروحهم انما انصبت على نصوص تشريعات مقننة لا على متون كتب علمية. فاذا رجعنا الى ما ذكرناه في المبحث السابق من نشأة الفقه والاصول الاسلاميين معاً لحومان ابحاثهما حول نصوص تشريعية في المصدر الاول للقانون، وجدنا شبهاً بين مجرى تطور الفقه في ذلك العصر ومجراه عند اصحاب مدرسة الشروح هذه. الا ان النشاط الفقهي الفرنسي لو لم يصطحب منذ البداية بتلك الكراهية للبحث العقلي والفلسفي في القانون لربما امكن اقتران تطور علم الاصول بتطور الفقه على النحو الذي حدث في مجموعة التشريع الاسلامي. ذلك لم يحصل. ثم ما لبث الفقهاء الفرنسيون ان وجدوا الألمان والانكليز قد قطعوا اشواطاً في مجال تطوير هذا العلم؛ فهرعوا اليه يقتفون آثار من سبقوهم، ويقتبسون العلم فيه من كتبهم، ويرجون اللحاق بهم في هذا المضمار[٢]. ولعل الفقيه الشهير Francois Geny ان يكون افصح الفرنسيين ابانة عن دقائق هذا العلم على نهج جامع

---

(١) انظر السنهوري،«اصول القانون»، ص٥-٧، ٣٤-٣٧.

(٢) لما قيل هنا عن الالمان والانكليز راجع السنهوري، المصدر السابق، ص٣ ، ٤ ، ٨ وانظر ص١١ لاصول القانون الاسلامي.

بين الاسلوب الفقهي في فهم الاحكام من توسعة النص بالنظر في احواله واحوال موضوع حكمه وبين الاسلوب العقلي والمنطقي ذلك الذي نبغ فيه العلماء الالمان أيما نبوغ. فانه قد تابع مذهب استنباط الاحكام القانونية بطرق البحث العلمي؛ ومن هنا رأى الاستاذ الفرنسي «لامبير» ان مسلك Geny هو المسلك نفسه الذي سار عليه أبو حنيفة في استنباط الاحكام[١].

اما الانكليز والالمان فقد كانت طرائقهم في البحث مختلفة ومتنوعة. فمن الالمان من اغرق في عقليات علم الاصول اغراقاً كاد ان يحول فكر السلطة والحكومة والسياسة والقانون الى مجردات عقلية رفيعة لولاها لما اتصلت عرى الاصالة في ميدان العلوم العليا. ومن هؤلاء Hegel في نظرية الحق، وهو من علماء اوائل القرن التاسع عشر (١٧٧٠- ١٨٣١م)[٢]. ومن الانكليز من جنح الى اسلوب التحليل سواء كان الموضوع المبحوث فيه مصادر القانون او نظرية الحق أو اصول المرافعة وإدارة القضاء؛ وذلك على نحو يشعر ببقاء الصلة بين اصول القانون والقانون في مجال التطبيق. وهم في ذلك يشبهون الاصوليين المسلمين الى حد كبير، وان كانوا لا يبلغون شأوهم في مجال رسم الطرق المنهجية لاستنباط الاحكام العملية من اصولها المختلفة.[٣]

---

(١) انظر السنهوري، «اصول القانون»، ص١١٩ (الهامش الاول).

(٢) تفحص: T. M. Knox, "Hegel's Philosophy of Right".

(٣) تفحص: "Salmond on Jurisprudence".

المراد مما تقدم هو اظهار الخصائص المميزة لاساليب كل من الالمان والإنكليز ومناحي بحوثهم، وإلا فان مؤلفي كل من الامتين يتطرقون الى جانبي النظر والتطبيق في مسائل علم الاصول. فاذا اردنا ابراز الفرق بين منهجيهما في كلمة موجزة قلنا: الألمان اصوليون فلاسفة؛ والانكليز اصوليون فقهاء.

اما علم اصول القانون الاوروبي على وجه العموم فانه ينحو مناحي ثلاثة: منحى التحليل والتنظيم المنهجي؛ والمنحى التأريخي؛ والمنحى العقلي الفلسفي. ففي المنحى الاول يتجه البحث الى تحليل مصادر القانون وطبيعة القانون وتنظيم النظريات والقواعد الكلية الرئيسة التي يعتمد عليها الفقه، وذلك دون التفات يذكر الى اصولها ومنابعها التأريخية ولا الى اطوار نشأتها. وفي ثاني المنحيين يكاد ينحصر البحث في الموضوعات نفسها التي لم يلتفت اليها في المنحى الاول. اما في المنحى الاخير فيعنى عناية بالغة بالمقاصد والغايات العليا التي هي علل غائية يستمد منها القانون اسباب وجوده؛ وبالاوجه والانماط التي تتخذها من هذه الغايات ما هي قابلة للتطور والتغير؛ ومن ثم بمدى كفاية القوانين او عدم كفايتها في تحقيق تلكم الغايات والمقاصد[١]. وان اكثر ابحاث مشاهير الاصوليين من القارة الاوروبية (اذا استثنينا Korkunov و Geny و Kelsen واشياع كل منهم) هو من هذا المنحى الاخير. لكن، كيف بلغ

(1) The basis of this classification is to be found in "Salmond on Jurisprudence", PP. 3 - 7.

اصول القانون الاوربي خاتمة مطافه هذه؟.

مرة اخرى نرى الطفرة غريبة عن نشأة العلوم. فلقد مرت بحوث اصول القانون في القارة الاوربية بمرحلتين متميزتين: الاولى الفترة الممتدة من منتصف القرن السادس عشر الى زمان الفيلسوف والاصولي الالماني"Kant" (١٧٢٤- ١٨٠٤م)؛ والثانية هي الفترة التي تلتها الى يومنا هذا. فقبل "Kant" كانت الابحاث الاصولية تدور حول فكرة العدل الطبيعي او مصادر القانون من طبيعي وكنيسي وقبيلي، وقد ذكرنا نواتها البدائية في الفكر الاغريقي[١].

بعدئذ اتى هذا الفيلسوف فبنى فلسفته العامة في العقل والكون والحياة، وانتقل منها الى القانون واصوله. فلما نشر كتابه المذكور عنوانه في الهامش[٢] عام ١٧٩٦م بدأت البحوث تنمو وتتطور الى علم اصول القانون هذا الذي نحى به هذا المؤلف النابغ ذلك المنحى العقلي الذي اشرنا اليه قبل قليل. ثم نمت في العالم الغربي مذاهب اصولية لا تخرج عن المناحي الثلاثة التي اسلفناها.

تبقى ههنا مسألة غاية في الخطورة تتعلق بالمصادر التأريخية لعلم اصول القانون الاوروبي. نحن نعلم جميعاً أن اوروبا قد مرت قروناً طويلة بعصورها الوسطى التي خبت فيها

(١) فيما مر، المبحث ١٢.

(2) "Metaphysiche Anfangsgrunde der Rechtslehre"

انوار العلم والمعرفة، ومنها اصول القانون. فمن أين، اذن، استقى الاصوليون الاوروبيون معلوماتهم الاساسية في هذا العلم عندما بدأت النهضة العلمية في عصرها الحديث؟ هذه مسألة لا يتسنى الخوض في تفصيلاتها في كتاب مثل هذا، ولا سيما الكتاب لم ينح به المنحى التأريخي في بحث اصول القانون. بل نحن مقصرون غاية التقصير لعدم توجيه هممنا العلمية الى استقصاء ما اقتبسته اوروبا الحديثة اقتباساً مباشراً او غير مباشر من ذخائر الحضارة الاسلامية وموسوعاتها في العلوم الاجتماعية والعلوم الاخرى. فلا علينا هنا الا ان نكتفي في جواب هذه المسألة بتلمّس حقائق ترجّح عندنا صحة الجواب اجمالاً ولا تهدينا الى تفصيلاته.

أما ان اوروبا قد اخذت علوماً عديدة كاملة من تراث حضارتنا الاسلامية الزاهية فأمر لم يستطع الاوربيون انفسهم انكارها: فالجبر واللوغارتمات وعلوم الطب شواهد مجمع عليها. ومن قبيل هذا انتقال الفلسفة الاغريقية الى اوروبا الحديثة بطريق الكتب العربية؛ ثم ان التي انتقلت بتلكم الكتب لم تكن الفلسفة اليونانية كما وجدت في ايامها بل هي والفلسفة الاسلامية ونقد الفلاسفة المسلمين لاصول الفلسفة اليونانية جمعاء[1].وفي ما يتعلق باصول القانون، لنتذكر ما بيناه قبل قليل

(1) Refer to R. A. Nicholson, "A Literary History of the Arabs", PP. 359 - 362.

يقول الاستاذ «نيكلسن» مامعناه:

=

العدل والقانون الطبيعي

من ان البحوث الاصولية في القرنين السادس عشر والسابع عشر تركزت في مسائل العدل والقانون الطبيعيين، أي ان هذه المسائل الفقهية قد نظر فيها من جانب فلسفي - كما فعل ارسطوطاليس من قبل- وإن كانت الغلبة الكمية هذه المرة لمسائل الفقه نفسه. فمن الذي تلقت منه اوربا الحديثة شروح فلسفة ارسطوطاليس، بل تأثرت بآرائه هو وبنظرياته ومناهجه في البحث الفلسفي تأثراً غير قابل للانكار؟ إنه "Averroes". وقد عاشت علوم هذا الفيلسوف النابغ ومذاهبه الفكرية بين اتباعه الاوروبيين وفي المدرسة الفكرية المنسوبة اليه "Averroism" والتي ابقي مقرها الرئيس في ايطاليا لكثرة اتباعها هناك[1]. فمن هو صاحب هذا الاسم الغريب؟ إنه «ابن رشد» (الحفيد) القرطبي الفيلسوف الشهير المتوفى عام ١١٩٨م. وقد كان قاضياً لاشبيلية وفقيهاً عظيماً بقي لنا من آثاره كتاب فقهي رائع هو «بداية المجتهد» وكتاب اصولي غاية في الاتقان والاصالة يبحث خاصة في موضوع العلاقة بين

= «اما ان المسلمين قد اضافوا الى المعارف الانسانية (في مجال العلوم والفلسفة) اضافات جليلة فامر مقطوع به على وجه التأكيد. بيد ان هذه الاكتشافات (على جلالها) تبدو اقل عند المقارنة من كل هذا الذي نحن (الاوروبيين) مدينون به للعرب بوصفهم رواد المعرفة الذين ادخلوا نور العلم في اوروبا (من خلال ظلمات عصورها) الوسطى». ص٣٥٩.

(١) راجع:
E. Renan, "Averroes et Averroisme", passim, (Paris 1861).

الشرع والعقل وانعدام التناقض بينهما[١]. المهم ان مشكلات هذا الموضوع بعينه هي التي شغلت الكاتبين الاوروبيين قبل Kant في ما كتبوا في العدل والقانون الطبيعيين - كما اشرنا الى ذلك من قبل. بل ان Kant نفسه انما انتقل في بحوثه من الفلسفة الى القانون فبنى آراءه في طبيعة القانون ومصادره على اساس من المعرفة الانسانية والاخلاق أراد به ازالة التعارض بين مبادئهما ومبادئ القانون والتشريع. فمن ذا الذي يستطيع بعد ذلك كله ان يقول بان مذاهب ابن رشد في اصول القانون لم تكن هي التي عاشت جنباً الى جنب مع مذاهبه الفلسفية في اوروبا، ثم بنى عليها الاصوليون الاوائل من الاوروبيين مابنوا؟ كان الافيروسيون رجالاً باحثين عن العلم ومتخذين ابن رشد إماماً لهم يدعون الي مذاهبه الفكرية ويتمذهبون بها؛ فهل يتصور منهم الاغفال او التقصد في عدم نشر أنفس ما جادت به قريحة امامهم في مباحث العقل والشرع وجمّاع العلم في توافقهما؟! ومع ذلك كله فانا لا نقول هنا اكثر من ان ظاهر الحال يرجح اعتضاد الابحاث الاصولية في اوروبا بمذاهب ابن رشد الاصولية من خلال تلك المدرسة الآفيروسية أو من كتب ابن رشد نفسه - ولاسيما الاغريق والرومان لم يخلفوا كتاباً واحداً في علم اصول القانون كما اشرنا

---

(١) الكتاب هو «فصل المقال وتقرير ما بين الشريعة والحكمة من الاتصال».

الى ذلك في ما مر[١]. أما اننا نحن اليوم نلتمس العلم بقضايا اصول القانون من المصادر الاوروبية، فإن شأننا في ذلك لا يختلف من بعض الوجوه عن شأننا في مجال علوم الجبر والطب والرياضيات. وأيا مّا تكن الحال فلننظر من أين يستمد علم اصول القانون مسائله.

١٦- استمداد المسائل في اصول القانون:

رب علم يتيسر تكوينه بأخذ مسائل من علوم مختلفة، حتى اذا جمعت المسائل وجدت بينها جهة وحدة مردها الى وحدة موضوعاتها أو وحدة الغاية التي تؤدي اليها تلكم المسائل مجتمعة مترابطة في مجال البحث العلمي النظري او التطبيقي[٢]. بل ان اصول القانون هو، كالقانون نفسه، علم من العلوم الاجتماعية، وان من جملة اسباب انتسابه الى هذه

---

(١) بل ان تأثير ابن رشد في الفكر الاوروبي كان حاسماً - كما يقول الاستاذ بالنثيا. فقد ترجمت كتبه كلها الى اللغة اللاتينية مرتين خلال القرنين الميلاديين الثالث عشر والرابع عشر. بل ان مترجمي طليطلة ترجموا كتباً عربية كثيرة الى اللاتينية، منها كتب الامام الغزالي. وقد اخذت المدارس السكولاستية الاوروبية عامة من ابن رشد، وتأثر بتعاليمه سانت توماس أكويناس تأثراً بالغاً. أما المترجمان الاولان لكتبه فهما Michael Scot-tus و Hermanus Alemanus. راجع كتاب بالنثيا في ترجمته العربية للدكتور حسين مؤنس بعنوان «تاريخ الفكر الاندلسي»، ص ٣٥٣-٣٦٩.

(٢) وانظر كتابي «الرقابة المالية العامة»، ص٨٨-٨٩.

المجموعة الاجتماعية من معارف الانسان وجود التناسب والتداخل في واقع الامر بين مسائلها ومسائله. فإن علم الاصول - كما رأينا -[1] قد اتخذ من القانون موضوعاً له يبحث في احواله وعوارضه: فاذا نظر في مصادر القانون فان البحث ينساق الى الدين والعرف والعادة ونظام المجتمع الفكري والسياسي. واذا نظر في تفسير نصوص القانون لاستخراج الاحكام منها انساق البحث الى اللغة وأوجه دلالة الالفاظ على المعاني. واذا نظر في كيفية التوصل الى احكام قانونية لوقائع وعلاقات قانونية جديدة لم تسبق من قبل فاذا بالبحث ينجر الى مناهج الفكر والتحليل المنطقي. واذا نظر في أوجه تأدي القانون الى استحداث أوضاع اقتصادية ومالية او الى الحفاظ على التوازن الاقتصادي في العقود المنصبة على الاموال فان البحث منجر لا محالة الى المسائل المالية والاقتصادية. واذا نظر في موجبات الرأفة في الاحكام القانونية بسبب اختلاف بيئآت من يخالفون القانون أو اوضاعهم النفسية والصحية فالبحث منساق الى قضايا نفسية وصحية وبيئية. واذا نظر في القانون من حيث تأديه الى تحقيق العدل والمساواة بين الناس فالبحث عندئذ جار في ميدان الفلسفة والاخلاق. واذا نظر في علل انقسام القانون الى فروع متعددة او في اسس انبناء نظرياته وقواعده الكلية فان البحث اذن سائر في مجال الفقه والقانون ذاتهما. وهكذا نجد علم اصول القانون

---

(١) فيما مر ، المبحث ٩.

يستمد مسائله من مبادئ الدين والسياسة والاخلاق ومن علوم اللغة والمنطق والاقتصاد والمال والاجتماع والطب والنفس والفلسفة والفقه؛ وان جل هذه المبادئ والعلوم اجتماعي كما ترى، فيأخذ اصول القانون من مسائلها ما يتعلق على نحو من الانحاء بالقانون، ويبحث فيها من حيث صلتها به او لوجود مناسبة بينها وبينه[١]. هذا، على ان استمداد اصول القانون من هذه المصادر غير متساو، لا في الكم ولا في الكيف. فهو مثلاً قليل الصلة ضعيفها بعلوم الطب، كثير الصلة قويها باللغة والمنطق، وهو اكثر صلة وأقواها بعلم الفقه حتى لتكاد نظرياتهما العامة وقواعدهما الكلية ان تتداخل تداخلاً يصعب عنده تمييز البحث الفقهي فيها عن البحث الاصولي. فالقانون نفسه كائن اجتماعي، والعلم الباحث في احواله وخصائصه اجتماعي مثله، فيستمد اغلب مسائله من العلوم الاجتماعية.

١٧- مقاصد اصول القانون:

ههنا ينبغي ان نتذكر ذلك المثال الواضح الذي ذكرناه في الفصل الاول: جدول الضرب[٢]. قلنا هناك ما خلاصته ان المعرفة المستحصلة من جزئيات محسوسة ليس من شأنها ان تفي بحاجة الانسان الى علم واسع بالاشياء والاحوال، وان القواعد والنظريات العلمية هي الوسيلة الوحيدة للاحاطة في زمان

---

(١) وراجع السنهوري، «اصول القانون»، ص٢١.

(٢) في المبحث ٢.

قصير بكل ما يروم الانسان ان يعرفه، ولتوسيع المجال ذاته الذي تتعلق به المعرفة المراد استحصالها. القانون ليس بمستثنى من تلك القاعدة على أيّ وجه من الوجوه. فلما كان القانون متكوناً من احكام تنظم الروابط الاجتماعية تنظيماً مؤدياً الى تحقيق مصالح الناس افراداً وجماعات والى الحفاظ على وضع اجتماعي سليم يتوفر فيه الامن والاستقرار - لما كان القانون هو تلك الاداة الموصلة الى خير المجتمع افراده وجماعاته فان الافتقار اليه والى النهوض به في مجالي النظر والتطبيق يكاد يصبح من بديهيات ما نعلمه نحن في المجتمع المتحضر[1]. ثم لما كان اتقان آلاف مؤلفة من الاحكام القانونية أمراً عسيراً وان كانت هذه محتاجاً اليها للتساوق مع ما لا حصر له من الوقائع المختلفة الحادثةبين الناس في كل زمان ومكان - لما كان ذلك كذلك اسعفنا علم الفقة بعض الشيء بما اشتمل عليه من قواعد كلية ونظريات نستعين بها في اتقان العلم بتلكم المفردات من الاحكام. لكن الفقه - وهو علم منهجي - صنع صنيعة اخرى شتت بها شمل القانون بعد اجتماعه؛ انه قسم القانون الى فروع كثيرة، ثم تكاثرت المعرفة

---

(١) ولا فرق ههنا بين النازعين نزعة فردية والنازعين نزعة جماعية في امر القانون. فكلا الفريقين مقر بالحاجة اليه في واقع الامر. وللنزعتين، راجع السنهوري، «اصول القانون»، ص١٨-٢١. هتان النزعتان هما في الواقع آتيتان من مجال المال والاقتصاد ومرتبطتان بالمذهب الحر ومذهب التدخل والتوجيه، وقد بحثناها في كتاب «الرقابة المالية العامة»، ص٧٢-٧٤، فمن أحب فليرجع اليه.

في كل فرع منها حتى تكّون له فقه مستقل فاصبح علما مستقلاً. وهكذا نجد بين ظهرانينا اليوم علم القانون المدني وعلم الجنايات وعلم المواريث وعلم الدستور وغيرها من علوم القانون. واذ قد وصلنا في المعارف القانونية الى تلك المرحلة الخطيرة مست الحاجة الى ابتكار وسيلة للاحاطة بخصائص هذه الفروع والعلوم القانونية جملة واحدة. هذه الوسيلة هي علم اصول القانون الذي اتخذ القانون كله موضوعاله يبحث في خصائصه وفروعه ومصادره وغايته وطرق التوصل الى تكثير احكامه لتفي بحاجات المجتمع المتطور وتبقى مع ذلك قابلا لان يحاط بها احاطة اجمالية نافعة يجتمع بها شمل الدراسات القانونية تارة اخرى.

ذلك ونحن انما تكلمنا في ما يتم في ايّ مجموعة من الشرائع على انفراد. وعلى الارض اليوم مجموعات من الشرائع، بل ان لكل امة من الامم المتحضرة مجموعتها التشريعية. فكيف السبيل الى احاطة اجمالية بخصائص هذه المجموعات، والانسان الفرد عاجز كل العجز عن الاحاطة التفصيلية بمفردات احكام القانون المتوفرة في كل امة ودولة أو باشتات دراساتها الفقهية ذات الانماط المستعصية على الحصر؟ ههنا نكتشف ظاهرة غريبة في امر علوم القانون: انها قد أمست لا تفي وحدها بما يحتاجه الانسان من مدراك عقلية عامة تتسع آفاقها بحيث تكفي الإطلالة العاجلة منها لاستحصال صورة منسقة الملامح زاهية الالوان لذلك المنبسط الفسيح الذي تمور فيه

الاحكام والعلوم القانونية اشكالاً والواناً. ان علوم القانون قد غدت لا تفي بدراسة احوال القانون من جميع وجوهها، وانها لتكاد ان تتخلق باخلاق المسائل المنفردة في «جدول الضرب» عند اولئك الذين لا يرون العلوم مكتملة ما لم تتبوأ منازل الشمول والاحاطة والترابط والاجتماع في العقل الانساني[١]. هذا هو الذي يصنعه علم اصول القانون في مجال القانون وعلومه. فاذا شئت أطللت على مجموعة القانون الاسلامي من شرفات اصول القانون الاسلامي؛ وعلى المجموعة الانكليزية من اصول القانون الانكليزي؛ وعلى المجموعة الفرنسية من اصول القانون الفرنسي. بل اذا شئت أطللت علي هذه كلها من خلال جوامع البحوث الاصولية التي تريك وجه الحق والعدل والقانون على هذه الغبراء بعد أن تعاقبت على رسم ظلاله واشراقاته أجيال كثيرة من الامم وآجال طويلة من عمر الزمان. هذا هو المقصد الاسمي الذي نبتغيه بعلم اصول القانون، يردفه ويلازمه مقصد ثان هو عون التلميذ والاستاذ والقاضي والفقيه في ما يقبلون عليه من الاعمال النظرية والتطبيقية في مجال القانون. وبعد، فان الانسان متى واكب غاية قصده فانه يومئذ رضيّ العقل مطمئن النفس عامر الوعي والضمير.

---

(١) وخير من أفصح عن هذا الرأي في عصرنا هو الفقيه الروسي Korkunov في كتابه المترجم الى الانكليزية
."General Theory of Law", pp. 1-8.

الكتاب الثاني

خصائص القانون، الحق والقانون
مصادر القانون

الفصل الرابع

خصائص القانون

١٨- تشريع القانون:

مر علينا في الفصول المتقدمة ان القانون استعمل للدلالة على الاحكام المقننة، وكذلك التشريع، فهما بهذا المعنى اسمان متواردان يدلان على شيء واحد هو موضوع مسائل هذا المبحث[١]. لكن لفظ التشريع قد استعمل بمعناه المصدري الى جانب معناه الاسمي المتقدم؛ فتقول تشريع الاحكام القانونية أي سنها وجعلها تشريعاً. وهو في ذلك يشبه لفظ التأليف: يقال هذا تأليف نافع، والمراد انه كتاب نافع؛ كما يقال تأليف الكتاب، أي وضعه وجعله كتاباً. فحين نقول تشريع القانون فانما نعني سنّ القانون. وان من خصائص القانون بمعناه الأعم أن احكامه قابلة لان تشرع فتجعل تشريعًا وقانوناً بمعناه الأخص[٢].فاذا اردنا ان نعرّف التشريع باعتباره اسماً قلنا: انه احكام قانونية مقننة سنتها السلطة التشريعية. واذا اردنا ان نعرفه باعتباره مصدراً قلنا: انه سن السلطة التشريعية للاحكام القانونية. يظهر من ذلك كله ان

(١)راجع ما مر، المبحثين ٧ ,٨.

(٢) راجع المبحث٧(المبسط الاخير منه)

التشريع مرتبط كل الارتباط بالسلطة التشريعية لانه من عملها وصنعها. فأيّ شيء هو هذه السلطة؟

لقد شاع بين المتعلمين في عصرنا أن السلطات العامة في الدول الحديثة ثلاث هي التشريعية والتنفيذية والقضائية؛ وأن الفصل بين هذه أمر لازم وفاقاً لمذهب الفصل بين السلطات. فأما ان نظن ان هذا هو النظام الخالد في مجتمع الدولة والسلطان العام فذلك لا يخلو من شطط في تعميم الرأي يخالفه واقع الحال في كثير من مجتمعات الدول قديماً وحديثاً. فان من الدول ما لا تقر مبدأ تعدد السلطات العامة؛ ومنها ما لا تفصل بين هذه السلطات كلها. فمن الناحية النظرية نجد بعض المذاهب الاشتراكية يلتزم بمبدأ وحدة السلطان العام وعدم تجزئته الى سلطات متعددة[1]. ومن الناحية العملية وجدنا في العراق (قبل سنة ١٩٦٨ أن مجلس الوزراء، وهو صاحب السلطة التنفيذية، هو الذي تولى السلطة التشريعية- أي ان السلطتين التشريعية والتنفيذية قد انيطتا بجهة واحدة دونما فصل بينهما[2]. فاذا كان

(١) انظر ليون كيروفسكي، احد اساتذة كلية القانون بجامعة وارشو، في مجموعة محاضرات (ملقاة عامي ٢- ١٩٦١م) ترجمت الى العربية ونشرتها دار الطليعة في بيروت بعنوان «المالية في الدول الاشتراكية»- خاصة ص ١٢-١٥.

(٢) قد يقال إن السلطة التشريعية في العراق لم تكن متألفة من مجلس الوزراء وحده، بل منه مضموماً اليه رئيس الجمهورية لأن القانون لا يصبح تشريعاً مالم يصدقه الرئيس. هذا صحيح. لكني ما اجد فرقاً في ذلك =

كلامنا منحصراً في بيان الجهة التي لها الارادة النافذة في جعل الاحكام المنظمة علاقات الاشخاص ملزمة للناس الزاماً يستتبع الجزاء والعقاب عند المخالفة، فان المراد بالسلطة التشريعية عندئذ هو صاحب تلك الارادة النافذة- سواء كان مجلس أمة،أو زمرة من اولي الأمر يجتمعون على شاكلة غير التي عليها حال ذينك المجلسين، أو فرداً مستبداً بالسلطات كلها تستجمع في يديه[١]. كل هؤلاء قادر على تشريع القوانين- جائرة كانت احكامها أو عادلة.

ولنتذكر تارة اخرى ما قد فصلناه تفصيلاً في الكتاب الأول من أن كلاً من مصطلحي «القانون»و«التشريع» قد استعمل الواناً من الاستعمال الاصطلاحي في معاني متعددة تكونت بينها صلات العموم والخصوص[٢].فلكي نتوخى وضوح

= بين ممارسة مجلس الوزراء الاعمال التنفيذية وممارسته الاعمال التشريعية؛ اذ ان المادة ٤٤ من «الدستور الموقت» يومئذ لم تخضع القوانين والانظمة فحسب لتصديق رئيس الجمهورية بل اخضعتها اياها وقرارات مجلس الوزراء على حد سواء. ولما كان الامر كذلك فإن مجلس الوزراء مارس السلطتين كلتيهما مضموماً اليه رئيس الجمهورية- لا السلطة التشريعية وحدها على هذا النحو.

(١)راجع السنهوري،«اصول القانون»،ص ١٤٩ . ١٥٤؛ وكتابي« الرقابة المالية العامة»،ص ١٣، حيث ينساق الكلام من الرقابة المالية الى السلطة التشريعية.

(٢) راجع مامر، المبحثين ٧-٨.

المرام في هذا المبحث،سنمضي على استعمال التشريع بمعنى القانون المقنن الصادر من السلطة التشريعية، ونطلق القانون على ما هو اعم من التشريع يشمله ويشمل الاحكام من مصادرها الاخرى. فلنسال- اذن- ما هي فوائد التشريع، ولماذا ينبغي ان تقنن الاحكام القانونية وتجعل تشريعاً؟ اولنسال- بعبارة اخرى- لماذا لا نترك الاحكام القانونية في اصول مصادرها من اعراف مجمع عليها ومن أقضية جرت عليها المحاكم ومن كتب في الفقه وفي فتاوى الفقهاء، بل نأتي الى الاحكام فنجمع منها نبذاً نصطنع منها التشريع اصطناعاً؟ يذكر للتشريع انصاره فوائد كثيرة نستطيع اجمالها في ما تلي:(١)

الاولى: ان التشريع يوطد السلطان العام في الدولة ويركزه. فالتشريع انما هو مناط ارادة المشرع وموضع اوامره ونواهيه الموجهة الى الاشخاص توجيهاً عاماً ملزماً.والسلطة التشريعية هي صاحبة الأمر والنهي- سواء كانت نابعة عن رغبة الامة وممثلة اياها تمثيلاً اساسه الانتخاب الحر من لدن ابناء الشعب، أو كانت قابضة على السلطان العام قبضة الاستبداد والاستيثار بالحكم.

الثانية: أن دولاً كثيرة قد قام فيها السلطان العام على اساس من التمثيل النيابي ومن الفصل بين السلطات لكي لا تطغي

---

(١) لتعداد مثل هذه الفوائد، راجع السنهوري،«اصول القانون»،ص ١٥٠-١٥٢.

واحدة منها على الاخرى. ومن ههنا تكون للتشريع سلطة مستقلة تمثل الشعب وتشرع له الاحكام وتراقب عنه السلطات الاخرى في اوجه تطبيقها اياها ونهوضها بما عليها من واجبات الحكومة وخدمة الجماعة. والتشريع اهم عمل من اعمال هذه السلطة.

الثالثة: أن النزعة الاشتراكية قد عمت كثيراً من الامم؛ وما الاشتراكية الا مذهب تدخل وتوجيه في شؤون الأفراد بغية تنظيمها على نحو تراعى فيه مصالح الجماعة أو مصالح طبقة من طبقاتها تزيد عن الاخريات عدداً. وان التشريع هو الوسيلة الى تحقيق هذا التدخل والتوجيه والتنظيم(١).

الرابعة: هي السهولة واليسر في التشريع من جانبين. فمن جانب كل من المواطنين الذين يتبعون احكام القانون، والمواطنين الذين يطبقون القانون في الادارات العامة، نرى التشريع ييسر لهم جميعاً الرجوع الى احكام كل طائفة من المعاملات والعلاقات الاجتماعية في التشريع الخاص بها، فتسهل عندهم بذلك معرفة ما لهم وما عليهم من

---

(١) من اراد مزيداً من العلم بمذهب التدخل والتوجيه والمذهب الحر الذي يضاده (في مجال الاقتصاد والمال)، فليرجع الى خلاصة ما بينهما من فروق في كتابي «الرقابة المالية العامة»،ص٦٥ - ٧٩ (ولا سيما المبحثين ٢٩و ٣٠ من ذلك الكتاب).

حقوق وواجبات· أما من جانب المشرع فاليسر آت من ان تعميم اوامره ونواهيه اسهل ما يكون التوصل اليه بطريق سن التشريع. فاذا اتجهت ارادة المشرع الي المصلحة العامة وخير الجماعة، فما اسهل تحقيقهما بسن تشريع صالح عادل أو بالغاء تشريع فاسد جائر! وكلا العملين انما هو من قبيل التشريع، اذ ان الغاء تشريع او نسخه لايتسنى الا بتشريع[٢].

الخامسة: ما يؤدي اليه التشريع من تناسق في الاحكام القضائية المستندة على نصوصه، ومن وحدة البلدان والاقطار في مجال القانون حين تسوده تشريعات موحدة موصلة آخر الأمر الى تماثل في أوجه المعاملات والعلاقات الاجتماعية، فإلى تقارب واتحاد في الشعور العام بين الناس في تلكم البلدان والاقطار.فاذا اردت ان توحد بلداً فوحد تشريعه؛ واذا اردت ان تمزقه بلداناًمختلفة ففرق تشريعاته نقائض واضدادا[٣].

تلك هي مزايا التشريع المقنن. لكن هذا النوع من التشريع منذ ان بدأ يشيع في اواسط القرن الميلادي الثامن عشر

---

(١) وراجع النبذ ٣-٦ من «الاسباب الموجبة» للقانون المدني العراقي ذى الرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢) لالغاء التشريع ونسخه، راجع ما سيأتي، المباحث: ٢٨-٣١.

(٣) وراجع النبذتين ٨و٩ من «الاسباب الموجبة» للقانون المدني العراقي.

وجد له انصار ومناهضون .فأما الذين يناهضونه فإن لهم من الحجة ما يستحق البحث والتقدير لا المجانبة والاهمال. ولعل ما يلي من البيان أن يفي بعرض آرائهم وحججهم مقتضبة في خمسة امور[١]:-

الاول: ان التشريع يكتنف اناطة الاحكام القانونية بنصوص وعبارات معينة محددة؛ وذلك من شأنه ان يفضي الى تضييق مجال الاجتهاد على القاضي، وهذا في حد ذاته عمل يتعارض مع مبدأ توخي العدالة في القضاء الى اقصى غاياتها. فالقاضي هو الذي يتولى النظر في المنازعات المرفوعة اليه، وهو اولى بأن يترك له المجال فسيحاً ليكتشف باجتهاده أقرب الاحكام الى العدل من بين مصادر القانون المتعددة. فمتى حصرناه في نطاق نصوص معدودة سددنا عليه بذلك اكثر منافذ الاجتهاد؛ ثم القاضي ما يلبث ان يعود مقلداً صرفاً تقف همته عند منازل التقليد.

الثاني: أن التشريع بالغاً ما بلغت أصنافه واعداد مواد كل صنف فان نصوصها لن تستوعب كل الوقائع القانونية الممكن

---

(١) لبحث في مساوىء التقنين وللرد على القائلين بها، راجع السنهوري، «اصول القانون»، ص١٧٤-١٧٧. ولاستعراض مزايا الاعتماد في القانون على السوابق القضائية والفقه المنبثق عنها، راجع:
F.M.Goadby,"Introduction to the study of law,'P.P.109- 120.

حدوثها عبر الزمان في اوضاع واحوال غاية في الاختلاف والتطور والتعقيد. فماذا عسى القاضي ان يصنع في المنازعات الكثيرة التي لا يجد لها في النصوص احكاماً ملائمة؟ أنجعله يرضى بأيّ حكم كيفما اتفق؟ أم نكلفه باستفراغ مداركه القانونية للتوصل الى الحكم اجتهاداً من اكثر من مصدر واحد من مصادر القانون؟ فان اخترنا له الشق الأول دفعنا القاضي والقضاء الى عبث ما بعده عبث. واذا رجحنا له الشق الثاني رجعنا الى تنويع مصادر القانون، اذ التشريع ليس هو المصدر في هذه الحال؛ فما بالنا لا نمضي على الاعتراف بتعدد المصادر بادئ ذي بدء، بل ندور على هذا الوجه دورة مضنية ثم ننتهي من حيث بدأنا؟.(١)

الثالث: ان التشريع ليس هو وحده السبيل الى توحيد الاقطار والبلدان. فاذا جعل للقانون مصادر متجانسة في اقطار بلدمّا كأن تتخذ له مصادر خمسة (مثلاً) وتجعل الخمسة نفسها هي المصادر في كل قطر منها، فان هذه الاقطار يتحد فيها القانون عندئذ باتحاد مصادره.

الرابع: ان تسهيل فرض القوانين للسلطة التشريعية بطريق

---

(١) كان Savigny، الفقيه الالماني، من الد اعداء التشريع المحاجين ضده، لخلاصة آرائه في القانون، راجع Friedmann, "Legal Theory," PP.135-139.

التشريع ليس مما يتصور فيه المحاسن وحدها دون المساوئ. أما رأيت الى السلطة التشريعية كيف تنحصر احياناً في ارادة حاكم مستبد، وكيف تقع احياناً في ايدي السلطة التنفيذية نفسها. فمن ذا الذي يكفل لنا صلاح التشريع وقد اصبح ميسوراً، ويدرأ عنا مفاسد التعجل بتشريعات غير متلائمة مع احوال الناس ورغبات الجماعة وأماني أهل البلاد؟ أما التسهيل على المواطنين في العلم بالأحكام القانونية المرعية في البلاد فله سبل اخرى منها نشر كتب مختصرة ومطولة تحوي الاحكام وتشرحها، ومنها تأليف مدونات مثل التي رتبها قدري باشا من مجموعة القانون الاسلامي وأسماها[1] «مرشد الحيران»، او التي صنعت للقانون الامريكي وسميت "Restatement of American Law".

الخامس: انه لم يبق للتشريع من مبررات غير ما قيل من كونه وسيلة لنفاذ مذاهب التدخل والتوجيه؛ ولما كان التدخل والتوجيه يأتي غالباً في مجالات الادارة العامة والاقتصاد والضرائب والترفيه الجماعي فليجعل التشريع منحصراً في هذه المجالات لا يتعداها كثيراً، أي ألاّ يخرج عن نطاق القانونين المالي والاداري.

---

(١) «مرشد الحيران» يستوعب أحكام الاحوال الشخصية والمعاملات المالية والوقف. ولتعريف بالمدونة الامريكية انظر.
"Salmond on Jurisprudence" P. 151.

وتلك هي خلاصة ما يذكر في مناهضة التشريع أو الاكثار منه.لكن الوجهة في اكثر البلدان اليوم هي الى تشريع الاحكام القانونية، لان محاسن التقنين تفوق مساوئه- كما قال الفقيه الانكليزي Salmond.[١]

١٩- تدرج التشريع:

قدمنا في الفصل الثاني ان القانون يطلق احياناً على الاحكام المتممة للتشريع، تلك التي تشتمل عليها الانظمة والتعليمات.[٢](اللوائح والقرارات في المصطلح الرسمي المصري)؛ ففي الاحوال التي يستعمل فيها مصطلحا القانون والتشريع بمعنى واحد يصح استعمال ثانيهما كالأول للدلالة على تلكم الاحكام المتممة. فالمراد بالتشريع في هذا المبحث هو ما يعم الاحكام المقننة التي تسنها السلطة التشريعية والاحكام المتممة اياها والتي تسنها السلطة التنفيذية بتفويض من اولى السلطتين.التشريع بهذا المعنى متدرج، أي انه ذو درجات اعلى فأعلى من حيث النفاذ وقوة الالزام[٣].

---

(١) في الكتاب المشار اليه في آخر الهامش السابق (ص١٥١- ١٥٢) يتوخى «سامون» التوفيق بين الوجهتين اللتين لخصناهما ههنا، وذلك بذكر مزايا كل من التشريع ومصادر القانون الاخرى، وبيان وجه التعاضد بينهما موجزاً.

(٢) راجع المبحث٧ (والمبسط الاخير منه).

(٣) لذكر مماثل للمسائل المستعرضة في هذا المبحث، راجع السنهوري«اصول القانون»، ص١٥٤، ١٥٥.

فالدستور، ويسمى القانون الأساسي، تشريع يعلو على التشريعات الاخرى ويهيمن عليها؛ ثم تأتي بعده التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية؛ وتحل في ادنى هذه الدرجات التشريعات المتممة على شاكلة انظمة وتعليمات ومنشورات. اما فائدة ترتيب الشرائع درجات على هذا النحو فتتضح من هيمنة التشريع في كل درجة على التشريع في درجة دونها. فالقاعدة التي يكاد يجمع عليها الفقهاء في مجال النظريات القانونية هي ان التشريعات في أي بلد يجب ألا تتعارض مع المبادئ الدستورية، حتى اذا جاء تشريع او حكم في تشريع مناقضاً لمبدأ دستوري او متعارضاً معه فانه يعد تشريعاً أو حكماً تشريعياً باطلاً غير ذي نفاذ. (لكن مجال التطبيق العملي قد يشذ عن تلك القاعدة، فترى بلداً ينفذ فيه حكم متعارض مع المبادئ الدستورية في أوضاع تفقد فيها السلطة التشريعية الهيمنة او الاستقلال في اداء وظيفتها). وكذلك الشأن في الانظمة والتعليمات، فاذا تعارضت مع احكام التشريعات الأصل (التي تستند هي عليها وتتمم احكامها) فانها عندئذ باطلة، كل على قدر ما تعارضت فيه مع تشريعها الاصل[١]. والى هذه القاعدة يرجع ما يتحدث

---

(١) وقد يشذ التطبيق العملي عن القاعدة النظرية. ففي الجمهورية العراقية شرع قانون جديد للخدمة المدنية سنة ١٩٦٠ (وهو القانون النافذ اليوم) منح بعض الموظفين «قدم» عامين (في المادتين ٣ف٤، ١٩ منه)، ثم اصدرت وزارة المالية منشوراً (هو ذو العدد ٥١٦١ والمؤرخ في ١٩٦٠/٤/٣٠)=

فيه رجال القانون من دستورية التشريعات وعدم دستوريتها.

= ضمنته احكاماً تعطل المادة الثالثة (ف٤ وتتعارض مع عموم نصها (ونص المادة التاسعة عشرة) تعارضاً كلياً في احوال وجزئياً في احوال اخرى. وعلى الرغم من ذلك نفذ المنشور، وسار عليه مجلس الخدمة العامة مدة من الزمن. ثم تراجعت وزارة المالية عما نفذته من قبل، غير ان مجلس الخدمة العامة مضي فترة اخرى ملتزماً بقراراته المساوقة لاحكام ذلك المنشور. ثم صادف ان عمل مؤلف هذا الكتاب عضواً في ذلك المجلس فقدم اليه مذكرة في هذا الموضوع ناقشها المجلس الموقر واتخذ في موضوعها قراراً جديداً. ولاشتمال تلك المذكرة على الاستدلال بقواعد اصولية آثرت ان أنقل منها هنا فقرات تجمل الحقائق القانونية في الموضوع المبحوث فيه:-

«اولاً- الاصل في مدد الخدمة الفعلية المقضية بكفاءة عدم انقاص شيء منها الا استثناء وبحكم منصوص عليه في القانون. ومن هنا كان أن نصت المادتان العاشرة والحادية عشر (وهما مادتان متداخلتان) على حذف مدة التأخير في الترفيع، اذ لو كان الحذف هو الاصل لما احتيج الى النص عليه على هذا الوجه.

«ثانياً- الحكم المتعلق بحذف مدد الخدمة في المادتين المذكورتين مخصوص بصراحة النص بمدد الخدمة الفعلية: ففي المادة العاشرة أنه «لا تحسب مدد التأخير في الترفيع لهذا الغرض» وفي المادة الحادية عشر أنه «لا تشمل هذه الاجراءات المدد التي تأخر ترفيعه(أي الموظف) خلالها ». فالمادتان صريحتان كل الصراحة في ان الحذف انما يكون من مدد الخدمة الفعلية وحدها ولغرض الاحوال والاحكام التي اشتملت على بيانها المادتان حصراً.

«ثالثاً- ان مدد القدم الممنوح باحكام المادتين الثالثة والتاسعة عشر ليست مدداً مقضية في خدمة فعلية-على ما لا يخفي. فالقدم حق منحه القانون لاعتبارات معينة؛ ومدده انما هي وهمية حددها القانون كمقياس لتعيين=

وتنشأ عن القاعدة المتقدمة مسألة اخرى في ما يكون اولا يكون للقضاء من رقابة على دستورية التشريعات. ففي بعض الدول الملتزمة بدستور مكتوب تنهض القضاء في درجاتها العليا بلون من هذه الرقابة فتقرر

= مقدار المنحة زمانياً. وقانون الخدمة المدنية خلو من كل نص يجيز حذف شيء من هذه المدد المقدرة على أي وجه من الوجوه.

«رابعاً- يتبين من كل ما تقدم أن قياس المدد المقدرة للقدم على مدد الخدمة الفعلية في جواز الحذف منها انما هو قياس مع الفارق، بل قياس معطل للاحكام القانونية الصريحة الخاصة بإكساب (لموظف حقاً في القدم).

«خامساً- لننتقل من ذلك كله الى القواعد القانونية المستقرة في اكثر المجموعات التشريعية في العالم. الحق اذا منح بنص من تشريع فلا يجوز الغاؤه او التنقيص منه او مما يتعلق به بإجتهاد او قياس مبني على حكم آخر غير متعلق بموضوع النص الممنوح به ذلك الحق. ثم ان الاجتهاد لايتسنى في موضع النص، وهذا مما اخذ به التشريع المدني العراقي (كقاعدة كلية.) وبعد هذا وذلك فان الاجتهاد في الحكم اذا كان مبنياً على القياس فإن الشرط الاول لصحة الحكم المتوصل اليه اجتهاداً هو صحة القياس الذي بني عليه الاجتهاد. وفي ما نحن بصدده لو افترضنا جدلاً ان القدم ومدة الخدمة الفعلية تتوفر فيهما مشابهة قياسية فان تعدية حكم احدهما الى الآخر لايجوز بحال من الاحوال، اذ ان حكم الحذف من الخدمة الفعلية انما ورد على وجه الاستثناء لا الاصل وفي المجال الذي عينه القانون حصراً في المادتين العاشرة والحادية عشر على ما تقدم. ومن المعلوم ان القياس لايبنى على الاستثناءات القانونية- لاسيما اذا أدى القياس الى تعطيل حكم نص قانوني آخر جزءاً او كلاً.

عدم دستورية ما يتعارض مع مبادىء الدستور من احكام

«سادساً- اذا اردنا ان نمضي في التحليل القانوني الى ما هو ادق مما تقدم كله نجد ان النظرية العامة للقانون قد فرقت بين النفاذ الشكلي لاحكام القانون بوصفه تشريعاً وبين طبيعة هذا النفاذ باعتبار الاساس الذي يعتمد عليه النفاذ في واقع الوضع القانوني ، وأن اساس النفاذ من حيث طبيعة القانون منه ما هو الزامي لايتوقف على توارد الارادة من الاشخاص ومنه ما هو تعاقدي يعتمد على ذلك . وليست احكام قوانين الخدمة العامة الا من قبيل النوع الثاني من هذين النوعين في البلاد التي تقر الحقوق الدستورية لافراد المواطنين، ومنها الجمهورية العراقية. ولذلك كان ان اشتمل القانون المدني العراقي على فصول خاصة باحكام عقد الخدمة وعقد العمل. وفي هذه الاحوال يكون للاحكام المشرعة في قوانين الخدمة العامة وصف آخر هو كونها شروطاً لعقد الخدمة (او العمل) الذي يتم بين شخص حقيقي وآخر حكمي. ولما كان العقد شريعة المتعاقدين فإن الشخص الحكمي (السلطة العامة) لايملك انقاص شيء مما تضمنته تلكم الشروط (الاحكام) عن طريق الاجتهاد والتفسير - ولا سيما اذا كان النص صريحاً في الشرط على منح احد طرفي العقد حقاً معيناً انما هو مظهر من مظاهر التزام الطرف الآخر. فالحذف من مدد القدم الممنوح قانوناً بتدويرها كلاً او جزءاً في بعض الاحوال وعدم تدويرها في بعض انما هو مبني على اجتهاد باطل اصلاً وتفريعاً من الناحية القانونية».

ونصوص تشريعية[١]. وان من هذه الدول ذوات الدستور المكتوب ما تحرص على الفصل بين السلطات قدر الامكان فلا تجعل للقضاء سلطان الرقابة على دستورية التشريعات[٢]. اما الاحكام التشريعية المتممة فان القضاء تجري على عدم تطبيقها مادامت متعارضة مع احكام التشريع الاصل. وهكذا الشأن في العراق[٣].

(١) من هذه الولايات المتحدة الامريكية : فقد نص في دستورها على تأسيس « المحكمة الفيدرالية العليا »، وعلى ان من جملة اختصاصها البت في عدم دستورية التشريعات المخالفة المعارضة لمباديء الدستور واحكامه.

(٢) ومن هذه الدول فرنسا التي استقر فيها مذهب عدم التدخل في امر دستورية التشريعات وعدم دستوريتها بعد اتخاذها الشكل النهائي للتشريع. لكن الدكتور االسنهوري والدكتور حشمت أبو ستيت يذكران في كتابهما «اصول القانون» (ص١٥٦ هـ ١) ان بعض القانونيين الفرنسيين قد مالوا الى رقابة القضاء على دستورية الاحكام التشريعية، مستدلين في ذلك بوجوب اتباع القاضي احكام الدستور ومراعاته اياها؛ وينقلان عن Hauriou الكلام التالي الدال على الحيرة في هذا الامر :« ان مسألة اقحام القضاء في دستورية القوانين مسألة على جانب عظيم من الخطورة، فان نحن اقحمناه خشينا ان تكون له مطامح سياسية، وان نحن ابعدناه خشينا ان نجعل قواعد الدستور عديمة الأثر ».

(٣) في ما يتعلق بالعراق ، نعتقد ان لتجاهل القضاء أحكام التشريعات المتممة اساساً مكيناً من اختصاص محاكم الاستيناف ومحكمة التميز، فان المادة ٢٠٢ (ف٤) من « قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية » قد نص فيها على وجوب ان تحكم محكمة الاستيناف بفسخ الحكم البدائي المخالف للقانون ، والمادة ٢٢٢ (ف ١) من القانون نفسه اوجبت نقض =

وقد بدا لبعض علماء القانون ان بطلان التشريع المتمم عند التعارض مع التشريع الأصل مسألة اخرى غير التي تتعلق بدستورية التشريعات؛ هذا لأن المتمم انما اعتبر باطلاً لتعارضه مع الاصل لا مع الدستور نفسه. ونرى المسألة واحدة في الحالين كلتيهما. ذلك لان السلطة التشريعية، بمقتضى المبادىء الدستورية، هي صاحبة السلطان في التشريع؛ وأن السلطة التنفيذية انما خولت اليها مهمة التشريع المتمم بتفويض من السلطة ذات السلطان في التشريع (اما بالنص على ذلك في الدستور أو في صلب القوانين الأصل)؛ فاذا تجاوزت السلطة المفوضة (بفتح الواو) ارادة السلطة المفوضة (بكسر الواو) بأن عارضتها بحكم مخالف للتشريع الأصل، فانهاتكون عندئذ قد تجاوزت حدود سلطانها الدستوري في العمل التنفيذي من دون أيّ تفويض من السلطة الاخرى هذه التي قد خولتها مهمة التتميم لا مهمة التشريع كيفما اتفق[١].

=الحكم المميز اذا كان قد بني على مخالفة للقانون. فمتى ما بني حكم قضائي قابل للاستيناف او التمييز، او قرار قابل للتمييز، على احكام من التشريع المتمم مخالفة لاحكام التشريع الاصل المذكور في نص المادتين بلفظ « القانون » فان المحكمتين المذكورتين تملكان فسخ الحكم ونقضه تباعاً لانبنائه على مخالفة القانون - وان كان قد وافق الاحكام المتمة. ويا حبذا لو جعل لمحكمة التمييز في العراق اختصاص النظر في الطعون المبنية على عدم دستورية مستند الحكم أو القرار الاداري المطعون فيه.

(١) لبحث مستفيض في دستورية التشريعات راجع حسن محمد ابو السعود، «مذكرات في اصول القانون»، ص ٣٦٦- ٣٩٥.

ثم اذا شئنا أن نقتضب ما فصلناه في هذا المبحث والذي قبله قلنا : إن القانون من جملة خصائصه أنه قابل للتقنين والتشريع؛ وإنه متى ما شرع يصبح ذا منازل متفاوتة في قوة الالزام والنفاذ- اعلاها منزلة الدستور وأدناها منزلة التشريع المتمم وأوسطها منازل التشريعات الأصل.

٢.- الجهل باحكام القانون:

إنه لمن القواعد المستقرة في الفقه أن القانون المشرع لا يعد الجهل به او باحكامه عذراً، فلا يقبل من أحد أن يدعي جهله بالقانون.أما النص على هذه القاعدة في العراق فحاصل في اكثر من قانون صراحة أو دلالة. فقد أوجبت المادة السابعة والتسعون من «الدستور المؤقت » أن « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية و يعمل بها من تاريخ نشرها في الجريدة الا اذا نص على خلاف ذلك»؛ ويفهم من النص على العمل بالقوانين من تأريخ النشر او التأريخ المنصوص عليه أن سريان أحكامها يبدأ منذئذ على كل من يتحقق ومن لا يتحقق لهم العلم بها. وان من الدساتير ما يقرر سريان القوانين بعد نشرها بمدة مناسبة (خمسة عشر او ثلاثين يوما) لتكون للناس فرصة الاطلاع عليها[١]. ثم ان القانون المدني العراقي قد اشتمل على حكم يفهم

(١) من هذه الدستور المصري قبل الثورة (راجع السنهوري، «اصول القانون» ص ١٦٣)؛ والدستور الجديد الذي اقر باستفتاء عام يوم ٢٣ حزيران (يونيه) ١٩٥٦، حيث نصت المادة ١٨٧ منه على العمل بالقوانين بعد=

منه عموم السريان الآنف ذكره؛ فقد نصت المادة العاشرة منه على انه «لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذاً...» فالعمل بالقانون يصبح واجباً منذ صيرورته نافذاً سواء علم أو لم يعلم به المكلفون باتباع احكامه. (وسيكون لنا عود الى تحليل النصين عند الكلام في عدم رجعية الاحكام القانونية)[١]. وقد شرع في العراق عام ١٩٢٦« قانون نشر القوانين » الناص في مادته الرابعة على أن «ينفذ كل قانون ومرسوم ونظام بعد مضي ١٥ يوماً اعتباراً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية..»؛ وهذا الحكم القانوني- على ما لا يخفي- قد أمسى باطلاً أو ملغى ضمناً بالنص الذي اسلفناه من «الدستور المؤقت»، وذلك جرياً على قاعدة التدرج في التشريع.[٢]

واذ قد علمنا مستند عدم الاعتداد بادعاء الجهل بالقانون، ينبغي الآن أن نسال عن حكمهة تشريع الحكم الخاص

= عشرة ايام منذ نشرها (راجع الدكتور سليمان مرقس،«المدخل للعلوم القانونية» ص ١٢٨).

(١) راجع ما سياتي، المبحث ٢١.

(٢) نشر «الدستور المؤقت» في «الوقائع العراقية»، العدد ٩٤٩ الصادر في ١٠ أيار سنة ١٩٦٤. وقد اجريت تعديلات في بعض احكامه فيما بعد، غير أن التعديل لم يشمل المادة ٩٧ المشار اليها هنا. لقاعدة التدرج في التشريع راجع المبحث ١٩، وللالغاء الضمني المبحث ٢٩. أما «قانون نشر القوانين» فهوذو الرقم ٥٩ المنشور في «الوقائع العراقية» العدد ٤٤٩ يوم ٣٠ حزيران ١٩٢٦. واليك تتمة نص المادة الرابعة منه:«..ما لم ينص على تأريخ تنفيذه بصورة اخرى».

بعدم الاعتداد بالجهل. نحن نعلم من خصائص الأحكام القانونية أنها خطاب ملزم لمن يوجه اليهم فيكلفون باتباعه، وأن هذا الخطاب عام لا يقتصر في توجيهه على شخص دون شخص. وههنا تتعارض خاصة الالزام مع خاصة العموم. ذلك لأن عموم الاحكام هو المقتضي لنفاذها في كل الوقائع القانونية المنطبقة هي عليها؛ في حين ان الالزام لا يتصور تحققه الا عند اعلام من يراد الزامهم بالاحكام نفسها، اذ ان انتفاء بلوغ الحكم الى المكلفين يستتبع لا محالة انتفاء الالزام بذلك الحكم الذي لم يتحقق تبليغه. فماذا عسى المشرع ان يصنع في هذه الحال من تعارض هتين الخاصتين: فاذا هو توخى ايصال النصوص القانونية الى كل فرد من افراد المواطنين على حدة فقد تكلف عملاً يشبه المستحيل في واقع الحال؛ واذا هو اعفى الذين لم توصل اليهم النصوص من سريان احكامها عليهم فقد عطل بذلك نفاذ الاحكام القانونية، هذه التي يتساوى وجودها وعدمها متى ما حيل بينها وبين النفاذ. ومن ثم اقتصد المشرع طريقة وسطى لحل مشكلة هذا التعارض القائم: انه يعلن النصوص القانونية على الناس في كتاب متتابع خص بهذا الاعلان هو «الجريدة الرسمية» التي سميت في العراق «الوقائع العراقية»، لكيلا يلزمهم باحكام لم تبلغ اليهم،وانه يعتبر الاعلان تبليغاً اليهم جميعاً دون تمييز بين من حملوا أنفسهم على متابعة تلك الجريدة فعلموا بما فيها وبين من لم يصنعوا ذلك

فبقوا غير مطلعين على النصوص المنشورة على هذا النحو.[١] غير ان الجرائد الرسمية ليست تصل الى ارجاء البلاد كلها يوم صدورها؛ وليس يتصور امكان اطلاع الناس كلهم على الجريدة في ذلك اليوم. ومن ههنا يميل علماء القانون الى استبقاء فرصة الاطلاع للناس على الجريدة وما فيها من قوانين، فيرجحون قاعدةتفاذ القوانين بعد نشرها بمدة معينة مستقرة- كأن تكون نحواً من اسبوعين أو شهر منذ يوم صدور الجريدة الرسمية. فالاصل في القانون أن يبدأ نفاذه بعد نشره سواء اعتبر اللحوق متحققاً يوم النشر أو متراخياً في التحقق أياماً معدودات.[٢]

على ان لكل قاعدة استثناء- كما يقولون. ولنا في ما نحن فيه حالان مستثنيتان. الاولى هي حال عروض القوة القاهرة: كفيضان يغرق بعض ارجاء البلاد، أو حرب تفصم تتابع

---

(١) نصت المادة الثامنة من «قانون نشر القوانين» على أن« يعتبر كل شخص مطلعاً على القانون من يوم تنفيذه بمقتضى المادة» «٤» «من هذا القانون».
وقد تكلمنا في المبسط المتقدم في أمر هذه المادة وما طرأ على حكمها بعد صدور «الدستور المؤقت».
يروي الدكتور السنهوري والدكتور حشمت ابو ستيت في كتابهما «اصول القانون» (ص١٦٢هـ١) ان الفرنسيين (ابان ثورتهم) كانوا ينشرون القوانين بطريقة قرع الطبول (في الشوارع) تمهيداً لقراءتها على الناس ولصق نسخ منها على الجدران.

(٢) لحديث مماثل في المسائل التي استعرضناها في هذا المبسط، راجع الدكتور سليمان مرقس «المدخل للعلوم القانونية»، ص١٢٥- ١٢٧.

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] ١٨ - ١١٧ ٢ ١٧٨ [illegible]
[illegible] (١)

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible] ١٨ -

(١) [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

بيانه.[١] ومع ذلك فانها قد اعتبرت قاعدة مستقرة ترقى الى منازل المبادئ الدستورية؛ فلتحاشي الخروج عليها يصرح بها في الدستور احياناً، ولتحاشي الخروج عنها يضيق نطاق الاستثناء منها قدر الامكان.وان لاستقرارها عللاً كثيرة نجملها في أربع:-

العلة الاولى : ان الاصل في الاشياء الاباحة وفي الافعال الحرية؛ والحرية في واقع الامر راجعة الى الاباحة لأنها ليست غير اباحة الافعال منظوراً اليها من جانب من يأتون الافعال.[٢] واذا كان هذا هو الاصل فإن التحريم والمنع اللذين تنشئهما الاحكام القانونية على بعض الاشياء والافعال والتصرفات انما هما حالان محدثتان تحدثهما الاحكام المشرعة وتحلهما محل الاباحة الاصلية؛ وليس يتصور وجود الحال المحدثة قبل وجود مصدر حدوثها وهو الحكم المشرع النافذ. هذا المبدأ اسلامي بحت في أصله وفي تفريعاته جميعها؛ وهو مبدأ فقهي أهم وأوسع كثيراً من ان يقتصر في بحثه على انه علة من علل عدم سريان التشريع على الماضي. لكننا لانملك الخوض في استعراض «نظرية الاباحة

---

(١) في المبحث التالي.

(٢) ألمع الى هذا الاصل على وجه آخر الاستاذ عبد الرحمن البزاز في كتابه «مبادىء اصول القانون»، ص٢٣٤.

الاصلية» في هذا المكان. والحق ان العلل الاخرى التي سنذكرها لاتنهض ان تكون غير تفريعات من هذا الاصل[١].

العلة الثانية : تحقيق العدالة. اذ ليس من العدل في شيء ان يعاقب الناس على تصرفات وافعال كانت مباحة تامة يوم فعلوها، ثم فرض المشرع عقوبة او جزاء مقرونتين بالاتيان بها عندما شرع الاحكام المانعة منها، وان كان الجزاء منحصراً في اعتبار التصرف السابق غير مستكمل لشرائط قد تأخر تشريع اشتراطها عن زمان وقوع التصرف وتمامه.

العلة الثالثة : الحيلولة دون اضعاف الشعور في ضمائر الناس بان القانون المشرع من شأنه ان يحقق العدل ويؤدي اليه. اذ ان الاحكام الجديدة متى ما جعل لها أثر رجعي فانها تفضي - لامحالة - الى اضطراب

(١) للاحاطة بمسائل الاباحة الاصلية ينبغي تفحص المراجع المطولة في اصول القانون الاسلامي، وقد اثبتنا عناوينها في فهرس المراجع. اما المتعجل الى الالمام بخلاصة تفي ببيان نظرية الاباحة فعليه بالرجوع الى الامام الغزالي، « المستصفى » ١/ ٤٠-٤٢، ٤٧، ٤٨. ثم ان فكرة الاباحة الاصلية ذات ارتباط بنظرية الحسن والقبح.

وينبغي التنبيه هنا على ان نسبة المنع والتحريم الى الاشياء انما هي مبنية على التجوز؛ والا فان خطاب الشارع انما يتعلق بافعال المكلفين مضافة الى الاشياء، لا بالاشياء ذواتها. ولذلك افضل ان يقال : « الاصل في الافعال الاباحة » ، مكان « الاصل في الاشياء الاباحة ».

شديد في معاملات الناس ومصالحهم، ومن ثم الى اضعاف الشعور بالاطمئنان في ما يحدثون يومهم من تصرفات قانونية قد تبطلها تشريعات لاحقة، فالى فقدان الثقة بالقانون وبتوخي العدل في احكامه عند ختام المطاف.

العلة الرابعة : ما سبق ان بيناه من توقف الالزام في الاحكام القانونية على شرط تبليغ الناس بنصوصها[١]؛ فاذا جعل للحكم اثر رجعي استلزم ذلك الغاء ما اشترطناه للالزام من اساسه. وفي ذلك تناقض منطقي لايرتفع الا بترك الالزام او بترك التبليغ او بترك رجعية القوانين - ورجعية القوانين ادعاها الى ان تترك بل تمنع[٢].

تلك هي البحوث الفقهية والاصولية في هذا الموضوع؛ فلننظر ماذا صنع المشرع العراقي في مجاله. ذكرنا من قبل ان القانون المدني العراقي اوجب العمل بالقانون من وقت صيرورته نافذاً؛ لكن ذلك لم يكن كل الذي يتسنى فهمه من نص المادة العاشرة المنقول هنا في الهامش كاملاً[٣]. فالنص يبتديء

---

(١) راجع المبحث ٢٠.

(٢) لاكثر ما تقدم في هذا المبحث، راجع السهنوري، «اصول القانون»، ص١٨٧-١٨٩؛ والبزاز، «مبادىء اصول القانون»، ص ٢٣٢ - ٢٣٤.

(٣)راجع المبحث السابق؛وهذا نص المادة العاشرة:«لايعمل بالقانون الا من وقت=

(صيغة النهي التي تنقلب امر)

بصيغة نهي ينقلب امراً بكلمة « الا » الاستثنائية؛ والنصوص التي تصاغ على هذا النحو تشعرنا بحكمين اثنين احدهما آمر والآخر ناه. فالمادة تأمر بالعمل بالقانون من وقت صيرورته نافذاً، ثم لاتسكت عن حال القانون قبل صيرورته نافذاً بل تنهى عن العمل به في هذه الحال.

وقد اسلفنا[١] كذلك ان « الدستور المؤقت» في الجمهورية العراقية اوجب (في المادة ٩٧) العمل بالقانون من تأريخ نشره؛ وتأريخ النشر هذا هو وقت صيرورة القانون نافذاً، الا اذا نص على تأريخ غيره لبداية النفاذ. غير ان نص تلك المادة من الدستور المؤقت لايكتمل المراد منه الا عند الاقتران بالمادة السادسة والتسعين؛ وهذا نصها : « تسري احكام القوانين من تأريخ العمل بها ولا يترتب عليها اثر فيما وقع قبلها ومع ذلك يجوز - في غير المواد الجنائية - النص في القانون على خلاف ذلك ». ففي ما سوى ما سمّي « بالمواد » الجنائية، نرى ان هذه المادة الدستورية انشأت في بدايتها مبدأ كادت تلغيه عند نهايتها. هذا لان كلمة « خلاف ذلك » في ختام المادة لاتنساق على سريان احكام القوانين وحده بل على كل ما تقدم في صدر

= صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام اوالآداب.

(١) راجع المبحث السابق.

المادة ومنه ترتب الاثر على الاحكام في ما وقع قبلها. فالمادة بصياغتها هذه وبارتباطها بالمادة التي تليها قد اجازت ثلاثة امور: أولها أن ينص في أي قانون على نفاذ احكامه في زمان لاحق لتأريخ نشره في الوقائع العراقية؛ وثانيها ان ينص في أي قانون على نفاذ احكامه منذ زمان سابق على تأريخ نشره؛ وثالثها ان ينص في اي قانون على ترتيب آثار على احكامها منساقة على وجه الاطلاق على الوقائع الحادثة والتامة قبل تشريع هذه الاحكام. ولما كان الدستور المؤقت لايعين في مادة اخرى انواع الاحكام التي يجوز او لايجوز جعلها رجعية الاثر على هذا النحو فان صدر المادة المتقدمة وذيلها يتدافعان - فيما نرى - تدافعاً ينعدم به الغرض من وضع مثل هذه المادة في القوانين الاساسية. ومهما تكن الحال سنرى في المبحث التالي كيف ان رجعية القوانين تحدث احوال استثناء من القاعدة الاصل التي تقدم شرحها.

٢٢- سريان التشريع في الماضي :

وجدنا النصوص المنقولة في المبحث المتقدم من « الدستور الموقت » و « القانون المدني » تجوز سريان الاحكام القانونية على ما سبق من الوقائع في حالتين : الاولى عندما ينص في القانون الجديد على رجعية السريان؛ والثانية حينما يكون القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام او الآداب. اما النص في قانون على انسياق احكامه على الحوادث الماضية فأمر ليس فيه ما يخفى ليوضح؛ فالمشرع قد استبقى لنفسه الحرية كاملة في

ان يرجع باحكام القانون الى الماضي من حيث النفاذ؛ ومن ثم قالوا ان قاعدة عدم السريان على الماضي انما تقيد القاضي لا المشرع. لكن القاعدة - على الرغم من ذلك كله - راسخة من حيث الحجج المؤيدة لها رسوخاً جعل الفقهاء يميلون كل الميل الى ان المشرع لاينبغي له استعمال سلطانه الخطير هذا الا لدواعي عامة تترجح فيها مصلحة الجماعة على مصالح الافراد.[1] ومن امثلة هذه الدواعي احتداد ازمة السكن وارتفاع بدل الايجار ارتفاعاً فاحشاً؛ فيعمد المشرع في هذه الحال الى التدخل في المعاملات المالية التي هي من هذا القبيل، فيخفض البدل بنسب معينة ويمنع المؤجر من فسخ عقد الاجارة بمحض ارادته. اما الحال الثانية الحاصلة بكون القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام او الآداب فلا يتسنى استيعابها مالم نتبين من القوانين ما يتعلق ومالا يتعلق بالنظام العام او الآداب.

هنا يصعب وضع قاعدة مطردة مستقرة؛ ولعل الصعوبة ناجمة عن تعسر الوصول الى تعريف جامع مانع للنظام العام والآداب.[2] وكلما تعذر علينا التعريف واستعصت القاعدة لجأنا الى الشواهد والامثلة التطبيقية لنصل بها الى المقاصد نفسها التي توصلنا اليها القواعد والتعريفات.لكنا نقول اجمالاً:

(١) راجع السنهوري، « اصول القانون » ، ص١٩٧، ١٩٨. اما الحجج المؤيدة للقاعدة فقد عرضناها في المبحث السابق.

(٢)وقد ذكر مثل ذلك الدكتور سليمان مرقس في كتابه «المدخل للعلوم القانونية»، ص٨٤ - ٨٥.

ان النظام العام يتقوّم بالامور التي تجمع عليها عامة المواطنين في كل بلد اجماعاً يجعل تلكم الامور ترقى الى منزلة المبادىء العليا للامة فلا يرتضون الخروج عليها والمساس بها وهم غير مكرهين، سواء كانت الامور راجعة الى السياسة والعقيدة او الى مصلحة اقتصادية او اجتماعية او خلقية.[١] اما الآداب فانها تتقوّم من تلكم الامور بما هي راجعة الى الاخلاق، فهي بذلك قد دخلت ضمن تلك الاحاطة الاجمالية بمدلول النظام العام. فأما الشواهد التطبيقية ففي ما يلي جملة منها تعيننا على بلوغ القصد في هذا الباب :-

١- المبادىء والاحكام الدستورية كلها من قبيل النظام العام. ولذلك لايصح الاتفاق بين شخصين على ان يتنازل احدهم للآخر عن حقه في الانتخاب لقاء مبلغ من المال. ومثل ذلك التنازل عن حق الترشيح للحصول على مال. ومن هذا القبيل مبادىء الاسلام في العراق لكونه الدين الذي تدين به الكثرة الكاثرة من اهل هذا البلد، ومن ثم عبر عن هذا الواقع في الدستور الموقت العراقي وفي القوانين الاساسية في جل البلاد العربية بان الاسلام دين الدولة.[٢] وليس يقتضي ذلك ان غير المسلمين مكرهون على اعتناق مبادئه، بل ان هذه المبادىء

(١) ولتعريف بالنظام العام يقرب مما ذكرناه، راجع السنهوري، «اصول القانون» ص١٦٦ (الهامش الموصول بالصفحة التي قبلها).

(٢) تنص المادة الثالثة من «الدستور الموقت» على مايلي: «الاسلام دين الدولة والقاعدة الاساسية لدستورها واللغة العربية لغتها الرسمية».

لايجوز انتهاك حرماتها لما في ذلك من طعن في ضمير الامة وشعورها العام. وان من هذه المبادىء ان «لا اكراه في الدين» وان «من اهتدى فانما يهتدي لنفسه ومن ضل فإنما يضلّ عليها ولا تزر وازرة وزر اخرى»، وان منها « ولا تجادلوا اهل الكتاب الا بالتي هي احسن الا الذين ظلموا منهم وقولوا آمنا بالذي انزل الينا وانزل اليكم و الهنا و الهكم واحد ونحن له مسلمون». (١)

٢- ومن قبيل النظام العام بعض احكام القانون الاداري. فلا يجوز لموظف ان يستغل وظيفته ويجعل منها وسيلة الى تحقيق منافع شخصية وكسب غير مشروع للمال.

٣- ومن ذلك القبيل احكام من القانون المالي. فلا يصح اتفاق بين شخصين من شأنه الحيلولة دون دفع ضريبة مفروضة بحكم القانون على احدهما او كليهما.

٤- ومنه كثير من احكام قانون العقوبات. فلا يجوز الاتفاق على ارتكاب جريمة نظير مبلغ من المال.

٥- ومنه احكام الاحوال الشخصية. فاذ قد كانت الاسرة هي الاساس الذي يتقوم به المجتمع فان اكثر الاحكام المتعلقة بروابطها لايصح ان يتطرق اليها التلاعب والاخلال. فالقاصر - مثلاً - لايصح منه الهبة ولا التنازل عن حق خارج الحدود

---

(١) الآيات الكريمة المقتبس منها بحسب تتابعها هنا : «البقرة» ٢٥٦، «الاسراء» ١٥، «العنكبوت» ٤٦. والآيات متقاربة في المآل، اقرأ: «النحل» ،١٢٥، «فصلت» ٣٤.

التي رسمها القانون لتصرفاته (او التصرفات عنه) حتى يبلغ السن المقررة للرشد.[١]

٦- ما من شأنه الخروج على المباديء الخلقية المجمع عليها بين عامة اهل البلد خروجاً مفضياً الى جرح الشعور العام. فاجارة منزل لغرض اتخاذه مكاناً للدعارة عقد باطل لايترتب عليه آثار العقد.[٢]

خلاصة الامر ان اكثر الروابط في مجال القانون العام وقانون الاحوال الشخصية يدخل في نطاق النظام العام؛ وان الروابط في مجال قانون المعاملات المالية ليست مشمولة كل هذا الشمول بذلك النظام. بل قد سبق ان ذكرنا ان الاحكام المفسرة او المكملة لارادة المتعاقدين من هذا القانون يجوز الاحتجاج بعدم العلم بها.[٣] فاذا اعتد القاضي بحجة من قبيل هذه في دعوى او

(١) وسن الرشد في العراق هي ثماني عشرة سنة كاملة، انظر «القانون المدني» المادتين ٤٦ ,١٠٦. وقد نص هذا القانون في (الفقرة ٢ من) المادة ١٣٠ على انه «يعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث».

(٢) وللشواهد الستة المتقدمة او ما يقرب منها، راجع السنهوري، «اصول القانون»، الهامش المسترسل في الصفحات ١٦٤ - ١٧٠. ولحكم المثال المذكور في الشاهد السادس انظر (الفقرة ١ من) المادة ١٣٠ من « القانون المدني ».

(٣) فهي - اذن - ليست من النظام العام (راجع آخر المبحث ٢٠). لكن القانون المدني « (ف ٢م ١٣٠) ادخل في النظام العام » الاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار، والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة ».

دفع فان ذلك قد يستتبع عدم سريان حكم قانوني نافذ معمول به في الحاضر؛ فأنّى لمثل هذه الاحكام ان تأتي رجعية في سريانها على النحو الذي قد تجري عليه الاحكام القانونية الداخلة في مجال النظام العام.(١) لكننا لم نفصّل، بعد، الاوجه التطبيقية لسريان احكام من النظام العام على وقائع حادثة في الماضي؛ فلنتخذ لهذا الجانب التطبيقي امثلة موضحة.

في مجال التشريع الجنائي يكاد الفقهاء يجمعون على عدم رجعية الاحكام الآمرة بالعقوبة والمبينة لمقدارها من جانبي «الكم» او «الكيف». فاذا ارتكب شخص جريمة معاقباً عليها بعقوبة معينة، ثم صدر قانون جديد يشدد تلك العقوبة، فان القانون الذي ينبغي ان يطبقه القاضي على هذا الشخص هو القانون السابق النافذ يوم ارتكابه ذلك الفعل لا القانون اللاحق الذي زاد العقاب شدة. لكنهم - على الرغم من الاتفاق على تلك القاعدة - يقولون في هذه الواقعة نفسها اذا جاء القانون اللاحق مخففاً للعقاب فإن القانون الاخير هو الذي ينبغي تطبيقه، لأن ذلك اصلح للمتهم. ففي هذه الحال ينساق حكم القانون الجديد الى الماضي، الى تاريخ ارتكاب الجريمة. وأرى بين هذين الرأيين

---

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس، «المدخل للعلوم القانونية»، ص ١٨٧، حيث تجد المثال التالي :-

« اذا لم يتفق البائع والمشتري على من يتحمل نفقات العقد، وكان القانون يجعلها على عاتق المشتري، ثم صدر قانون جديد يجعلها مناصفة بين البائع والمشتري، فان القانون القديم يطبق على كل ما ابرم في عهده من عقود ».

تناقضاً من حيث المبدأ الفقهي المعتمد عليه لبناء القاعدة - سواء برر او لم يبرر الرأي الثاني بأن تطبيق القانون الجديد فيه مصلحة للمتهم وليس فيه مساس بحريات الافراد.(١)

وفي مجال قانون الاحوال الشخصية نتخذ حكم اباحة الطلاق وتحريمه مثلاً : اذا عقدت زيجة وكان القانون يومئذ يبيح الطلاق، ثم بدل التشريع فحرم الطلاق، فإن تحريم الطلاق ينساق الى ذلك العقد التام في الماضي، ولا مساغ لتطبيق الحكم الذي كان نافذاً وقت العقد- أي لا يجوز أن تنهى تلك الزيجة بطلاق. يسمون ذلك اثراً رجعياً لهذا القانون مبرراً بكون احكامه من النظام العام. لكنا نجد الفقهاء انفسهم يرون-في قضية اخرى رأياً مناقضاً لقاعدة التبرير هذه. فاذا كانت سن الأهلية ثمانية عشر عاما لكل من الرجل والمرأة وتزوج اثنان بالغان هذه السن، ثم شرع قانون جديد جعل سن الأهلية للزواج واحداً وعشرين عاماً وهذان الزوجان مايزالان في سن العشرين، فانهم يقولون في مثل هذه الحال ببقاء تلك الزيجة صحيحة ولا يقولون بالتفريق بين الزوجين- على الرغم من أن الحكم القانوني الجديد هو من قبيل النظام العام(٢).

---

(١) لهذا التبرير راجع الدكتور سليمان مرقس، «المدخل للعلوم القانونية»، ص ١٦٧ ولأصل القاعدة المتفق عليها، السنهوري،« اصول القانون»، ص ١٩٩ , ٢٠٠.

(٢) للآراء التي ذكرناها هنا، سواء كانت مقرونة بامثلة مطابقة لما اخترناها او شبيهة بها، قارن «اصول القانون» للسنهوري (ص ١٨٩)« بالمدخل للعلوم=

اما في الأموال والمعاملات المالية فإن أرجح ما نوضح به الموضوع المبحوث فيه هو تقسيم القوانين في مجالها الى ثلاثة اصناف:

أ- القوانين المتعلقة بنظام الملكية والحقوق العينية ذاتها.

ب- القوانين المتعلقة بالعقود.

جـ- القوانين المتعلقة بآثار العقود.

فالقوانين من الصنف الاول تسري احكامها فور نفاذها على اصحاب الحقوق التي تنظمها أو تقيدها تلك القوانين، فليس لهم حق اعتراض باكتساب الحقوق قبل تشريع القانون الفارض قيوداً جديدة على حق المالك. وليس يظهر في ذلك كون القانون ذا أثر رجعي. أما الصنف الثاني فان القوانين منه المتعلقة بشروط الانعقاد او الصحة او شكل العقد فلا تكون رجعية الأثر غالباً؛ فالعقود المبرمة قبل تشريعها انما تخضع في ذلك كله للقوانين النافذة يوم ابرامها. اما القوانين من الصنف الثالث فإن احكامها الآمرة التي هي من قبيل النظام العام تنساق فور نفاذها على العقود السارية فتعدل آثارها على قدر تعارض هذه مع الاحكام الجديدة؛ لكن احكامها المكملة او المفسرة- على ما اسلفنا- لا تنساق

= القانونية» لمرقس(ص ١٦٩، ١٧٠، ١٨٣، ١٨٤). وقد اخذ القانون المدني العراقي بمبدأ صحة التصرفات السابقة في حال ارتداد الأهلية ناقصة بسبب تشريع حكم جديد، فقد ورد في المادة الحادية عشرة (ف٢) هذا النص: «فاذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بمقتضى نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة».

على العقود المبرمة قبل نفاذها، بل تختص بالعقود التي تبرم بعد ذلك. هذا، لأن ما ليس يكون من القوانين داخلاً في مظان النظام العام فإنه ليس من شأنه ان يعدل اتفاق المتعاقدين[١].

والحق ان التعارض بل التناقض في الآراء المشار اليها في ما تقدم مرده الى ان الفقه الفرنسي المعتمد عليه في هذه المسائل في بلادنا لم يتوصل بعد الى أي قاعدة واضحة الاسس والمبادىء ومطردة الانطباق على الوقائع الجزئية المتشابهة في هذا الموضوع الشائك. فقصاراه في هذا الباب أن فيه مذهباً قديماً ومذهباً جديداً. أولهما مبني على التفريق بين الحق المكتسب والأمل المحض: فاذا أتى قانون جديد معدلاً في حق مكتسب فانه إذّاك يعد قانوناً رجعي الأثر؛ أما اذا لم يحدث هذا التعديل بل خيّب محض أمل لم يكن قد تحول الى حق مكتسب فالقانون عندئذ غير ذي اثر رجعي. وثاني المذهبين يعتمد شقي أصل واستثناء: أما الأصل فهو أن كل قانون حديث يبدأ العمل به فور نفاذه فيبطل العمل بالقانون السابق عليه والملغى بصدوره، أي سواء أدى ذلك أم لم يؤد الى ما عرف برجعية سريان القانون وامتداد احكامه الى الماضي (وقد احتجوا لهذا الاصل بأن المفروض في التشريع الجديد هو أنه دائماً خيرمن التشريع القديم واولى منه بالتطبيق)؛وأما الاستثناء فركيزته تسليم أصحاب المذهب الجديد بأن العدالة تقضي أن تستثنى من ذلك الاصل

(١) وراجع الدكتور سليمان مرقس، «المدخل للعلوم القانونية»، ص١٨١-١٨٤.

أحوال يطبق عليها القانون الملغى القديم لا القانون الذي حل محله، وذلك وفق ضوابط تميز هذه الأحوال. فلما اتوا الى الضوابط اختلفوا فيها اختلافاً شديداً أظهر أنها وأن الاصل الذي هي استثناء منه لا يكاد يبلغ أي منهما مبلغ القواعد الفقهية المنضبطة المطردة. ولسنا نرى فائدة في اطناب الكلام في عيوب المذهبين من نواحيهما النظرية والتطبيقية؛ فمن اراد ذلك فليرجع الى المصدر المشار اليه في الهامش[١].

٢٣- الأحكام الآمرة والأحكام المقررة:

علمنا من الفصول السابقة أن القانون انمايتقوم بأحكام هي خطاب آمر أوناه موجه الى الناس توجيها عاما ملزماً. لكنا نجد المشرع ينحو منحيين مختلفين في شأن هذه الاحكام: فمنها احكام لا يتسامح في مخالفتها مطلقاً، بل يطالب الناس باتباعها ويعاقبهم متى ما خالفوها؛ ومنها احكام يتسامح في مخالفتها ولايقرن المخالفة بأي جزاء. وهكذا نرى ان القانون من خصائصه ان احكامه تنقسم الى صنفين، احدهما الاحكام الآمرة التي لامساغ الى عدم اتباعها، والآخر تلك التي يتسنى فيها العمل على مسلك غير الذي تولت هي توضيحه. وقد سميت

(١) في «المدخل للعلوم القانونية»، الصفحات ١٦٤- ١٨٧، عقد الدكتور سليمان مرقس بحثاً مستفيضاً في ذكر مناحي هذين المذهبين. وقد نبه في اكثر من موضع (وخاصة في ص ١٧٥، ١٧٦) على عيوب المذهبين وعدم صلاحهما لحل الوقائع القانونية الحادثة في هذا المجال.

الاخيرة احكاماً مقررة لانها انما تقرر المسلك الذي تتجه اليه ارادة الناس غالباً في معاملاتهم، فهي تبيّنه ولاتمنع احداً من ان يتخذ مسلكاً آخر لاضير عليه في اتخاذه؛ وهي من اجل هذا تسمى احكاماً مفسرة او مكملة لارادة المتعاقدين كذلك.

ولنتخذ مثالين يسيرين يميزان الاحكام الآمرة من الاحكام المقررة. نص في القانون المدني (العراقي) على ان «بيع العقار لاينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون.»[1] ههنا ورد الحكم القانوني بصيغة اخبار، «بيع العقار لاينعقد ...»، لكن النفي لما كان منصباً على انعقاد البيع من حيث كونه عقد بيع فان الصيغة الخبرية هذه يفهم منها النهي عن بيع العقار خارج الدائرة المختصة (دائرة الطابو في العراق)؛ وذلك امر بعدم اجراء البيع على نحو آخر؛ ومن ثمة استعملت لفظة «الآمرة» في «الاحكام الآمرة» في ما يعم الامر والنهي كليهما. هذا حكم آمر لايرتضي الشارع مخالفته، بدليل انه قد اعتبر الاحكام المتعلقة بالاجراءات اللازمة للتصرف في العقار ومنها البيع داخلة في نطاق النظام العام.[2] فاذا تبايع شخصان عقاراً ولم يوثقا عقد بيع في دائرة الطابو فقد خالفا حكماً آمراً مخالفة مفضية الى جزاء من المشرع هو اعتبار هذه البيعة غير منعقدة اصلاً ومن ثم غير مستتبعة «آثار» البيع التي منها

(١) المادة ٥٠٨.

(٢) انظر «القانون المدني»، م ١٣٠ (ف٢).

انتقال ملكية العقار من البائع الى المشتري.[١]

ومثل للاحكام المقررة. يملك معاذ داراً فيستأجرها منه خالد ببدل ايجار معين لمدة عام كامل؛ فيوثقان العقد بوثيقة مكتوبة مؤرخة في اليوم الاول من الشهر الاول من العام الذي كتبا فيه الوثيقة؛ لكنهما لايعينان في الوثيقة التأريخ الذي منه تبدأ مدة الاجارة. ففي هذه الحال متى تبدأ مدة الاجارة؟ ينص القانون المدني على انه «تبدأ مدة الاجارة من الوقت الذي سمي في العقد، وان لم يسم فمن تأريخ العقد».[٢] وهذا النص لايختلف في صيغته عن ذلك الذي استشهدنا به في المثال السابق؛ لكن الحكم الذي اشتمل عليه النص انما هو مقرر (بالكسر) لمألوف المعاملة في مجال الايجار، اي لبداية مدة الاجارة منذ يوم العقد اذا لم ينص فيه على غير ذلك. ولما كان الحكم مقرراً فان الطرفين المتعاقدين يستطيعان الاتفاق على ابتداء المدة منذ الشهر الثاني - مثلاً - من العام نفسه، وليس منذ تأريخ العقد كما بينه القانون. وهما بذلك لايعدان مخالفين للحكم القانوني؛ اذ ان المشرع انما قرر لهما ما هو المألوف عادة في مثل هذا العقد، ولم يرد بما قرر منعهما مما كانا يملكانه بداية وهو

(١) يكون العقد باطلاً اذا لم يستوف الشكل الذي فرضه القانون، لان عدم استيفاء هذا الشكل قد اعتبر اختلالاً في بعض اوصافه؛ والعقد الباطل لاينعقد ولايفيد الحكم اصلاً. قارن بين المادتين ١٣٧ (ف٣) ١٣٨ (ف١) من «القانون المدني».

(٢) المادة ٧٣٩.

الاتفاق على التأريخ الذي تبدأ منه مدة الاجارة.

وقد تصاغ النصوص القانونية بعبارات تشعر بتخيير من تتصل الاحكام بحقوقهم على وجه من الوجوه، والاحكام مع ذلك آمرة وليست بمقررة. واذ قد كانت هذه مظنة اخطاء يسهل الوقوع فيها عند من لم يملكوا بعد في علوم القانون قدماً راسخة، آثرت ان اذكرها بشاهد تطبيقي يفي بتوضيح مايراد التنبيه عليه. انه لمن مألوف احوال الناس ان الاقارب والاصدقاء قد يتصرفون عمّن تصلهم به القربى او المودة تصرفاً مبنياً على حسن نية منهم وتحقيق منفعة له. يأتي خالد فيؤجر معاذاً داراً هي ملك لأبيه. فما هو حكم عقد الاجارة هذه؟ ان خالداً ههنا فضولي تصرف في دار لايملكها، وتصرف الفضولي مشمول باحكام القانون المدني الناص على ان «من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك».[١] ففيما نحن فيه اذا حصلت الاجازة اللاحقة من الأب مالك الدار صح العقد الذي كان خالد قد عقده، واذا لم تحصل الاجازة بطل العقد فلن يستتبع الآثار التي تكون لعقد الاجارة عادة. وهكذا نجد ان العلاقة القانونية التي نظمها الحكم التشريعي المبحوث فيه هي من ذلك النمط المألوف وقوعه بين الناس، وان هذا الحكم قد علق الصحة والبطلان في ذلك العقد على اجازة من مالك الدار يشعر النص بان له الخيرة بين منحها وعدمه. لكن الحكم التشريعي هنا انما هو

---

(١) المادة ١٣٥ (ف ١).

حكم آمر وليس بمقرر. ذلك لان المخاطب بالحكم اصالة انما هو الفضولي الذي تعلق الحكم بفعله، لا مالك الدار الذي لم يكن هو المنشيء للعقد بداية؛ وليس للفضولي اي خيرة في الامر، ولا ارادته منظور اليها من المشرع في قليل او كثير. فقصارى شأنه ان المالك اذا اجاز تصرفه فان هذه الاجازة تعتبر توكيلاً له ليصح تصرفه الفضول عن المالك الذي شاء ان يرضى بما فعل(١)؛ ولذلك افرد القانون المدني لحكم مثل هذه الاجارة مادة اخرى نص فيها على ان «تنعقد اجارة الفضولي موقوفة على اجازة المالك».(٢)

(١) راجع المادة ١٣٥ (ف ٢).

(٢) المادة ٧٢٥.وقد استشكل على بعض الاصوليين جواز الاتفاق على ما يخالف الاحكام المقررة لتنافيه مع خاصة الالزام المقترنة بالحكم القانوني. ظنوا ذلك تعارضاً ومضوا يلتمسون له اوجه توفيق او تبرير. فقال بعضهم ان الاحكام المقررة اختيارية ابتداء ملزمة انتهاء؛ فالمتعاقدان مخيران في التراضي على وفق ما قررته او على خلاف ما قررته حتى يتم العقد، فمتى تم وفاقاً لما قررته اصبحت الاحكام منذئذ ملزمة.وقال آخرون ان هذه الاحكام تشتمل على شروط متى تحققت كانت الاحكام منطبقة عندئذ،وان من هذه الشروط الايكون المتعاقدان قد اتفقا على وجه غير الذي بينته الاحكام. فالحكم المقرر ملزم ابتداء، لكن الاتفاق اذا تم على وجه آخر انفقد بذلك شرط انطباقه فانعزل الحكم عن الواقعة القانونية.(راجع الدكتور سليمان مرقس،«المدخل للعلوم القانونية»،ص٧٣-٧٥).ولسنا نرى هنالك تعارضاً ولاحاجة الى التبرير والتوفيق.فان الاحكام المقررة لاتختلف عن الآمرة من حيث انها احكام قانونية ملزمة؛وان الفرق بينهما في آثار الحكم انما هو راجع الى ان الاحكام المقررة تتضمن الامر باباحة المضيّ على اكثر من نهج واحد، ولا تأمر بوجوب المضيّ على نهج وحده او الامتناع منه.وان ذلك الامر بالاباحة ملزم واجب الاتباع، فليس لاحد ان يعتبر شيئاً من المناهج المباحة واجباً او ممنوعاً على غير ما اقتضته الاحكام. ولعل ظن التعارض ان يكون ناشئاً عن التباس في تصور مفاهيم الاباحة والوجوب والالزام.

نظن ان في ما تقدم بيانه غنية في تصور الاحكام الآمرة والاحكام المقررة وفي التعرف على بعض مدلولات كل منهما. لكنا لم نذكر بعد مناهج الاصوليين في التمييز بين هذين الصنفين من الاحكام؛ فما هي قواعدهم المقررة لهذا التمييز؟ لقد اسموا هذه القواعد «بمعايير التمييز» وقسموها الى نوعين: معيار لفظي، ومعيار معنوي. اما المعيار اللفظي فله طرق ثلاث :-

الاولى : ان يشتمل النص القانوني على التصريح بجواز الاتفاق او عدمه على ما يخالف الحكم الذي صيغ في النص.

الثانية : ان يجعل الاصل في الاحكام القانونية انها آمرة الا اذا ورد النص بما يفهم انها مقررة، اي بجواز الاتفاق على خلاف مقتضاها.

الثالثة : ان يجعل الاصل في الاحكام انها مقررة الا اذا ورد النص بما يفهم انها آمرة، اي ببطلان كل اتفاق على خلاف مقتضاها.

ويبدو لي من هذه الطرق انها لاتنهض في واقع الامر ان تكون معياراً للتميز في النصوص القانونية الموجودة بين ايدينا ، بل انها اشبه ما تكون بانماط مقترحة لصياغة النصوص عند تقنينها. فتسميتها بالمعيار اللفظي للتمييز لاتخلو من تجوز - على مالا يخفي. اما المعيار المعنوي (اي الراجع الى المعنى) فخلاصته ان ينظر الى طبيعة خطاب المشرع في الحكم القانوني:

فاذا تبين انه من قبيل النظام العام علم ان الحكم آمر وليس بمقرر؛ واذا تبين انه ليس من هذا القبيل علم ان الحكم مقرر وليس بآمر. تلك هي زبدة ما اقتبسه الاصوليون العرب من الفقه الفرنسي في هذا الباب.(١)

اما الاصوليون المسلمون فقد بلغوا بالبحوث المنهجية في خصائص الاحكام والافعال مبلغاً لم تدانه امثال هذه البحوث في اي مجموعة تشريعية اخرى؛ لكننا لانملك هنا غير الالمام بشيء يسير من القواعد التطبيقية التي رسموها، اذ المراد انما هو استيضاح اوجه التمييز بين ما هو آمر وما هو مقرر من الاحكام. فانهم قد نظروا في شيئين مترابطين : اولهما الاحكام القانونية؛ وثانيهما افعال الاشخاص التي هي مواضع الاحكام ومتعلقاتها. اما الحكم فقد عرفوه تعريفاً دقيقاً بأنه «خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين تعلق طلب او تخيير او وضع».(٢) فالاحكام التي تعلق الخطاب فيها بأفعال المكلفين تعلق طلب (للاتيان بفعل او الامتناع عنه) هي كلها احكام آمرة لامجال الى مخالفتها؛ ومن شواهدها هذه النصوص : «وآتوا الزكوة»، «إن

---

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس، «المدخل للعلوم القانونية»، ص ٧٦ - ٧٧. ولتفصيلات النظام العام، راجع مامر، المبحث ٢٢.

(٢) لهذا التعريف وتفصيلاته قارن : الامام الغزالي، «المستصفي»، ١/ ٣٥ - ٣٦؛ العلامة التفتازاني، «التلويح» ١/ ١٢ - ١٦. وانظر الاستاذ عبد الوهاب خلاف، «علم اصول الفقه»، ص١٠٧.

الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل»، «ولاتقربوا الزنا».[١] والاحكام التي تعلق الخطاب فيها بافعال المكلفين تعلق تخيير هي احكام مقررة خيرت المكلف في توجيه فعله على وفق ما يريد وليس لأحد ان يتداخل في سلطان ارادته فيمنعه مما قررته له الاحكام؛ ومن شواهد هذه توثيق الدين المرتبط بتجارة دائرة في العرف التجاري: «يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه .. الا ان تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح الأ تكتبوها».[٢] اما الاحكام التي تتعلق بأفعال المكلفين تعلق وضع فهي التي تقتضي وضع شيء سبباً لشيء او شرطاً له او مانعاً منه؛ وتتميز هذه الاحكام الوضعية بخاصة خطيرة هي انها تأتي ملزمة مؤدية آثارها الالزامية متى تحققت الاسباب او الشروط او الموانع سواء كانت هذه اموراً داخلة في مقدور المكلف وارادته او خارجة عنهما خروجاً كلياً. واليك الشواهد التطبيقية الموضحة :-

الاول : السبب

أ- المقدور للمكلف : وهو الجنايات والجنح، فانها كلها مقدورة للمكلف وهي السبب في وجوب العقاب والزام

---

(١) هذه الشواهد مقتبسة من نصوص المصدر الاول للقانون الاسلامي، «القرآن الكريم»، ومواضع الآيات بحسب تتابعها هنا : «البقرة» ٤٣» النساء» ٥٨» الاسراء» ٣٢.

(٢) للأحكام المفصلة المتعلقة بالتوثيق والاشهاد في الدين والبيع، راجع الآية الكريمة ٢٨٢ من سورة «البقرة».

الحكم الخاص به، فاذا انتفى السبب ارتفع المسبب وهو العقاب.

ب- غير المقدور للمكلف : كالقرابة من بنوة وابوة ونحوهما، فالبنوة ليست امراً في مقدور الابن لكنها السبب لالزام الاحكام الخاصة بانتقال تركة ابيه اليه عند الوفاة او بترتب النفقة عليه لأبيه حينما يمسي الاب فقيراً معدماً.

الثاني : الشرط

أ- المقدور للمكلف : كإحضار الشهود او الاعلان في عقد الزواج[١]، فان هذا العقد لايصح مالم يتحقق احد شرطين هما وجود شاهدين يحضران العقد او اشهار عقد الزواج واعلانه بين الناس، وكلا الشرطين أمر مقدور لكل من طرفي العقد (الرجل والمرأة) يستطيعان تحقيقه والرجل هو الذي يتولى ذلك عادة.

ب- غير المقدور للمكلف : كبلوغ سن الرشد، فهو امر ليس في طوع المكلف واختياره، وهو مع ذلك شرط لصحة عقود المعاوضات المالية التي يعقدها - فانه اذا لم يكن بالغ هذه السن فهو ناقص الاهلية.

---

(١) قانون الاحوال الشخصية في العراق يأخذ بقاعدة اشتراط الاشهاد. اما الاستعاضة عن الاشهاد باشهار عقد الزواج (اي اعلانه) فقاعدة أقرها الامام مالك بن أنس - رحمه الله- من فقهاء المدرسة المدنية.

الثالث : المانع

أ- المقدور للمكلف: كقتل الوارث مورثه، فهو فعل يحدثه القاتل بمحض ارادته، وهو مانع من ان يرث هو من المقتول شيئاً، لقول الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - « ليس لقاتل شيء ».(١)

ب- غير المقدور للمكلف: مثل كون الموصى له وارثاً، فالمشرع قد راعى مصالح الورثة جميعهم (ومنهم الموصى له الذي ينال حصته من مال المتوفى بطريق الارث) فلم يجز زيادة حصة لاحدهم بطريق الوصية وهي تصرف مضاف الى ما بعد الموت، فالمانع من صحة الوصية له هو كونه وارثاً ذا قرابة من الموصي - وهذا مانع خارج عن ارادته وقدرته.(٢)

---

(١) راجع الامام الشافعي، «الام»، ٤/٤. وسند الحديث هكذا : الشافعي - مالك بن انس - يحيى بن سعيد - عمرو بن شعيب . وانظر «القانون المدني »، المادة ٦٢٢، حيث تجد حكماً في الهبة مقيساً في واقع الامر على حكم الميراث في حال ارتكاب الموهوب له جناية قتل الواهب.

(٢) وهذا الحكم-كالحكم الخاص بعدم توريث القاتل-مستنبط من المصدر الثاني من مصادر القانون الاسلامي،السنة النبوية. فقد بين الرسول(ص) فى، خطبته المشهورة عام الفتح حكم الوصية للوارث بقوله «لاوصية لوارث »،وقد رواه الامام الشافعي(في«الام» ٤/١ ٢ ١).ويرى الشافعي ان الوصية لما كانت تصرفاً مضافاً الى مابعد الموت فان وضع الموصى له على اعتباره او عدم اعتباره وارثاً يتحدد عند وفاة الموصي لاوقت انشاء الوصية. ذلك لامكان طريان التغير على اسباب الارث،فقد يكون الموصى له وارثاً عند انشاء الوصية (كالزوجة) غير وارث عند موت=

وههنا ينبغي التنبيه على ان الاحكام الوضعية من اي صنف من صنوفها المنهجية المتقدمة قد تكون احكاماً آمرة او احكاماً مقررة على درجات متفاوتة. وللتمييز بين هذه الاحكام ودرجاتها ضمن نوع الاحكام الوضعية، تفنن الاصوليون المسلمون في تقرير قواعد وضوابط دقيقة لم نجد من يبلغون فيها شأوهم في مجال البحوث القانونية العليا والمناهج التطبيقية في علم اصول القانون.(١) لكن الافاضة في هذه المناهج الاصولية زائدة عن

=الموصي (كالمطلقة)، وقد يكون غير وارث عند الوصية (كأبن العم وللموصي زوجة وابن يرثانه) وارثاً عند موت الموصي (كابن العم نفسه حين يكون ابن الموصي قد قضى نحبه قبله). ثم يذكر الشافعي اختلاف الفقهاء في جواز الوصية للوارث وعدم جوازها باجازة بقية الورثة ورضاهم؛ وهو يرى الجواز، لكنه لايرى اجازة الورثة قبل موت الموصي ملزمة اياهم بعد موته - لانهم انما كانوا قد اجازوا تصرفاً في مال ليس بملك لهم(فاذا مات الموصي دخلت التركة في ملكهم) فان شاؤا اجازوا عندئذ ما اوصي به لوارث منهم وان شاؤا لم يجيزوا. وقد سار القانون المدني العراقي على وفق هذا الرأي في المادة ١١٠٨. لخلاصة مثل التي ذكرناها للاحكام الوضعية، راجع خلاف، «علم اصول الفقه»، ص ١٠٩ - ١١٣. ولتفصيلات نظرية الشرط والسبب، راجع العلامة التفتازاني، «التلويح»، ٢/١٢٦-١٥٠.

(١) تلكم القواعد والضوابط راجعة الى اصل فقهي واصولي خطير زبدته تقسيم الاحكام القانونية الى ثلاثة انواع : ما يقصد به مصلحة المجتمع والجماعة (ولا ينظر فيه الى المصالح الشخصية للافراد) وهذا يسمى في اصطلاحهم «حقاً خالصاً لله»؛ ما يقصد به مصالح الاشخاص المكلفين خاصة (فلا علاقة له بمصلحة الجماعة) ويسمى هذا «حق المكلف» و «حق الناس»؛ ما يجتمع فيه المقصدان المتقدمان، فايهما كان غالباً فيه اخذ هو حكمه. فالاحكام التي هي من قبيل حقوق الله (اي حقوق الجماعة) كلها احكام آمرة لا سبيل الى مخالفتها. راجع العلامة التفتازاني، « التلويح»، ٢/١٥١ - ١٥٥.

المقدار المراد عرضه من المسائل في هذا الكتاب الموجز. فلنقتصر ههنا على القواعد الاصولية الرئيسة في تمييز الاحكام ومتعلقاتها من افعال الاشخاص المكلفين.

ثم التفت هؤلاء الاصوليون الى افعال الاشخاص فقسموها اصنافاً على وفق تلكم القواعد المنهجية الخاصة بالاحكام. واليك بيان هذه الاصناف المختلفة على وجه الايجاز :-

الصنف الاول : يتألف من افعال تتعلق بها احكام آمرة باتيان فعل او الامتناع منه ومقترنة بجزاء؛ فاذا كان الامر موجباً فالفعل المطلوب هو « الواجب»، واذا كان الامر سالباً فالفعل المنهي عنه هو «المحظور». ويظهر من هذا ان الواجب والمحظور من الافعال يتقابلان تقابل الاضداد؛ فالفعل اذا كان واجباً فعدم الاتيان به محظور، واذا كان محظوراً فعدم الاتيان به واجب. ومثالهما الوفاء بالعقود والقتل العمد.

الصنف الثاني : ويتألف من افعال تتعلق بها احكام آمرة غير مقترنة بجزاء؛ فاذا كان الامر مشعراً برغبة الشارع في الاتيان بفعل او تركه فهو «المندوب»، واذا كان مشعراً بعدم رغبته في ذلك فهو «المكروه». ويختلف هذا الصنف عن الصنف الذي قبله في امرين. احدهما ان الشارع لم

يجعل الحكم المتعلق به مقروناً بجزاء مادي (اي غير معنوي)؛ فاذا اتى شخص بفعل من قبيل المكروه فان فعله لايسبب معاقبته بعقاب مادي جسمي او مالي. والثاني ان المكروه والمندوب لايتقابلان دائماً وبالضرورة تقابل الاضداد؛ فاذا كان فعل من الافعال مندوباً اليه فان ذلك لايستلزم ان يكون تركه مكروهاً - وان كان في الترك مجانبة لرغبة الشارع فيما ندب اليه.[١]

الصنف الثالث : وهو من الافعال ماأراد الشارع الاختيار فيه لارادة المكلفين فلم يعلق به الا احكاماً مقررة؛ وهو لذلك يسمى «مباحاً». اما الفرق بين الصنفين الثاني والثالث فراجع الى ان الاحكام المتعلقة بالمباح لاتتضمن اي اشعار من الشارع بان ارادته ترجح شيئاً من جانبي الاتيان بالفعل او الامتناع عنه؛ وليس كذلك الشأن في المندوب والمكروه، اذ ان الشارع قد بين فيهما ما رجحته ارادته المعبر عنها في الحكم الآمر - لكنه لم يجعل المخالفة سبباً للعقاب تسامحاً منه او تحقيقاً لمصلحة في

---

(١) ومن شواهد ذلك بعض احكام الهبة في التشريع الاسلامي. فاذا اهداك صديق عطراً او زهوراً فردك الهدية فعل مكروه. لكن المكروه عند الاصوليين قسمان : مكروه كراهة تحريم، ومكروه كراهة تنزيه. والقسم الاول هو من قبيل المحظور.

ذلك. فاختيار احد طرفي الفعل المباح لايتضمن مخالفة لرغبة الشارع اصلاً؛ بينما الفعل المندوب والفعل المكروه يتضمن سلوك احد طرفي كل منهما اتباعاً لرغبة الشارع وسلوك الطرف الآخر مخالفة لرغبته - وان لم تستتبع المخالفة جزاء.[١]

٢٤- تفسير القانون :

ان من جملة خصائص القانون ان نصوصه المكتوبة ونصوصه المشرعة قابلة للتفسير. وللتفسير مجالان احدهما نظري والآخر تطبيقي. يبحث الفقيه في نصوص القانون كلما اراد ان يستخلص قاعدة فقهية كلية او ان يتبين مدى اطراد قاعدة مستخلصة من قبل؛ وهو ينظر فيها كذلك للتوصل الى احكام فرعية تفصيلية لعلاقات قانونية يتصورها تصوراً - وان لم تكن هذه مسألة طلب اليه فيها الرأي والفتوى. هذا بحث نظري في مجال علم الفقه. والقاضي - كالفقهيه - ينظر في نصوص القانون، سواء منها ما اشتمل على حكم فرعي او قاعدة كلية، لكن نظره فيها منبعث غالباً من حاجته الى استظهار احكام تفصيلية يطبقها على الوقائع والمنازعات الجزئية المرفوعة اليه بغية التوصل الى حلولها في قضائه. هذا بحث تطبيقي في مجال القضاء. وأيّاً كان المقصد من البحث، فان الفقيه والقاضي اذا

(١) راجع الامام الغزالي، «المستصفى»، ١/٤٨، ٤٩. ولتفصيلات ما اوجزناه في الاصناف الثلاثة المتقدمة، المصدر نفسه، ١/٤٢ - ٥٣، حيث ستجد جملة من الآراء والتفريعات الاصولية التي ضاق عنها المجال هنا.

اتجها في تمحيص نصوص القانون وجهة استنباط حكم قانوني لواقعة قانونية حادثة فعلاً او بالقوة فانهما عندئذ يريدان تطبيق حكم القانون على الواقعة القانونية. فاذا وجدا نصاً صريحاً يتطابق كل المطابقة مع الواقعة التي بين ايديهما فقد توصلا الى الحكم المراد تطبيقه؛ واذا فقدا النص من هذا القبيل اضطرا الى تفسير النصوص الموجودة علّهما يهتديان بهذه الطريقة الى وجدان الحكم المنشود. يظهر من هذا ان تفسير القانون امر مرتبط بتطبيق القانون في مجاليه النظري والعملي كليهما. فلنبدأ، اذن، بتصوير معنى التطبيق على نحو يزيده وضوحاً.

ليس المشرع اذ يضع الحكم يضعه لا لواقعة قانونية؛ فهذا امر غير محتمل، لان الواقعة القانونية هي موضع الحكم ومتعلقه، فهما امران متلازمان. اما ترى ان الواقعة اذا انعدمت (انعداماً كلياً فلم توجد لا في الذهن ولا خارج الذهن) انتفى بعدم وجوده وجود الحكم، وان الحكم اذا انعدم انتفى بذلك وصف القانونية عن الواقعة فلم تعد هناك واقعة قانونية بل مجرد واقعة او علاقة مرسلة.[1] نعلم من ذلك ان المشرع انما يضع الحكم بازاء واقعة متصورة عنده يدل عليها في النص نفسه الذي يصوغ فيه الحكم او في النصوص المحيطة به. ومن الامثلة الواضحة ثلاثة احكام اوردها المشرع العراقي في نص واحد يفصح عن اوجه واقعة قانونية هي اكتساب الملكية بسبب

---

(١) للعلاقة القانونية والعلاقة المرسلة، راجع مامر، المبحث١١ (المبسط الخامس).

الالتصاق بفعل الطبيعة : « النهر اذا جاء بطمي على ارض احد فهو ملكه. اما اذا كون الطمي ارضاً جديدة فهي ملك الدولة ولو كانت متصلة بأرض الغير وللمجاورين حق اخذها ببدل المثل ».(١) فالواقعة التي تصورها المشرع واناط بها الحكم هي انموذج كلما تطابقت معه الوقائع الحادثة بعد التشريع امكن فيها القضاء والفتوى بذلك الحكم المناط بالانموذج عند التشريع. وليس تطبيق القانون غير نظر في مدى انطباق الواقعة الانموذج على الواقعة الحادثة اخيراً ثم البت في الاخيرة بالحكم المناط بالاولى باديء التشريع، وفي هذا تمام التطبيق. لكن الوقائع اللاحقة لاتحدث دائماً على منوال الوقائع التي كانت الانموذج المتصور عند المشرع؛ بل قد تحدث متغايرة في تفصيلاتها تغايراً يستعصي معه القضاء فيها باحكام الانموذج كما هي. عندئذ تمس الحاجة الى استجلاء احكام تلائم الوقائع الجديدة وتغاير احكام الانموذج من بعض الوجوه على مقدار ما تغايرت به تلكم الوقائع السابقة واللاحقة من تفصيلات. والحاجة امّ الاختراع. فاخترع الفقهاء والاصوليون - من جملة ما اخترعوا - قواعد تفسير القانون ليتوصلوا بها إما الى ما احتاجوا من احكام جديدة، او الى جعل الواقعة الانموذج (على نحو من الانحاء) تطابق الواقعة اللاحقة ليتسنى بذلك الاكتفاء بالحكم الموجود المجعول وافياً بالحاجة على طريقة التفسير.

---

(١) «القانون المدني» ، م ١١١٣.

وليتنبه ههنا الى ان نماذج الوقائع والاحكام الموضوعة بازائها انما يعبر عنها كلها بالفاظ وتراكيب منها تتألف النصوص القانونية؛ فمدى انطباق النماذج والاحكام على الوقائع والعلاقات القانونية الجديدة التي تحدث تباعاً امر مرتبط كل الارتباط بخصائص النص القانوني مثل كونه واضح الدلالة او غير واضح الدلالة : فاذا كان النص واضحاً تيسر الانطباق، واذا كان غير واضح تعسر الانطباق. ومتى كان النص واضح الدلالة وجب اتباعه وتطبيقه، وانتفى الداعي الى التفسير؛ وهذا اجمالاً هو المراد في القاعدة الكلية المشهورة «لامساغ للاجتهاد في مورد النص».[١] ومتى كان النص غير واضح الدلالة توقف اتباعه وتطبيقه على تعيين المراد منه باستعمال وسائل الاجتهاد والتفسير. وقد تفنن الفقهاء والاصوليون في وضع القواعد العامة للتفسير وذهبوا فيها مذاهب شتى. فسنلم في المبحثين التاليين بأصول هذه المذاهب في كل من الفقه الفرنسي والفقه الاسلامي.

٢٥- طرق التفسير في الفقه الفرنسي :

للفرنسيين ثلاثة مذاهب : اولها نسب الى فقهاء مدرسة الشروح، وثانيها الى Saleilles، وثالثها الى Geny.وموضع الخلاف بين هذه المذاهب هو الاساس الذي يعتمد عليه في اعمال التفسير. يذهب فقهاء مدرسة الشروح الى ان

---

(١) انظر «القانون المدني»، المادة الثانية. وهذه القاعدة الكلية مقتبسة من اصول القانون الاسلامي.

الاحكام ينبغي ان تستقى من ارادة الشارع ونيته التي يظهر تفسير النص انها كانت نيته الحقيقة او المحتملة وقت التشريع. ويذهب «سالي» واشياعه الى اقتباس الحكم من النية المفترضة المحتملة للشارع وقت تطبيق النص لاوقت تشريعه، تك النية التي يظهرها التفسير حينما تدعو الحاجة اليه. ويقال ان المذهب الاول يفضي الى التزّمت، والثاني يبعث على المرونة، في تطبيق النصوص التشريعية واحكامها. اما Geny ومن نحوا منحاه فانهم يلتزمون بالنية الحقيقية وقت التشريع اذا امكن استظهارها من النصوص؛ فان لم يمكن قالوا حينئذ بعدم الوقوف عند النية المفترضة، وباقتناص الحكم المطلوب من ايّ مصدر آخر من مصادر القانون. تلك هي زبدة اوجه الافتراق بين هذه المذاهب. اما قواعد التفسير المستعملة عندهم جميعاً فهي التي سنجملها هنا اجمالاً يغني عن التفصيل في بلوغ القصد.(١)

يكون النص غير واضح الدلالة لعلل ثلاث مجتمعة أو مفترقة، وهي الغموض والتعارض والنقص. أما الغموض فينشأ عن اشتمال النص على الفاظ مشتركة المعنى. ففي هذه الحال تكون مهمة المفسر تعيين المعنى الذي قصده الشارع من بين المعاني المتعددة للّفظ المشترك. وأما التعارض

(١) انظر السنهوري، «اصول القانون»،ص ٢٠٢-٢٠٤. ولعل الكتاب التالي عنوانه ان يكون اوفي مؤلف فرنسي يرجع اليه في بحوث طرق التفسير:

FR. Geny,"Methode d'Interpretation et Sources en Droit prive positif", 2 Vol.,paris 1954.

فمنشأه انطباق نصين على واقعة يقتضي كل منهما حكماً يغاير الحكم الذي يقتضيه الآخر. ففي هذه الحال تكون مهمة المفسر التوفيق قدر المستطاع بين النصين المتعارضين (وهذا مستطاع عندما يكون التعارض جزئياً) أو ترجيح أحد النصين على الآخر والاعتداد به وحده(وهذا مؤد- لا محالة- الى اعتبار الحكم المنصوص عليه في النص المعتّد به ملغياً لحكم النص الآخر على قدر تعلقهما بالوقائع التي تم التفسير بالاضافة اليها). بقي النقص، وليس هذا غير ايجاز في النص مخّل افضى الى انعدام وضوح جانب من الحكم او جانب من الواقعة الانموذج المناط بها الحكم. والمفسر ههنا يتوخى اكمال النقص. وفي هذه الأحوال جميعها يلتمس المفسر لبلوغ غايته في التفسير احدى طريقتين: (١)

الطريقة الاولى: هي المسماة بطرق التفسير الداخلية. وأهم أدواتها الاستنتاج بالقياس، والاستنتاج من مفهوم المخالفة، والاستنتاج بما هو من باب أولى.

الطريقة الثانية: وهي المسماة بطرق التفسير الخارجية. وأهم سبلها تبين حكمة التشريع، والاسترشاد بالاعمال التحضيرية التي انبثقت عنها اللائحة القانونية التي جعلت تشريعاً، والرجوع الى الأعراف والعادات والى المصادر التأريخية للتشريع المفسر نصه.

(١) راجع السنهوري، «اصول القانون»، ٢٠٦-٢١٤، حيث تجد شيئاً من التفصيل لما عرضنا خلاصته ههنا.

تلك هي قواعد التفسير عند الفقهاء الفرنسيين اجمالا. أما الأمثلة فتحاشياً للتكرار آثرنا تأخيرها بعض الشيء وذكرها في المبحث الذي بعد هذا لتنهض شواهد تطبيقية للقواعد المستعرضة في المبحثين كليهما.

ثم ان تفسير النصوص قد يتوسع وقد يضيق فيه. وقد رأى الفقهاء الفرنسيون الجري غالباً على مسلك التوسعة اذا كان التفسير لنصوص احكامها مكملة او مفسرة لإرادة المتعاقدين، وعلى مسلك التضييق متى كانت احكام النص المفسر من قبيل النظام العام.(١)

٢٦- طرق التفسير في الفقه الاسلامي :

ههنا نجد الاصوليين المسلمين يعلون تارة اخرى على اقرانهم من اصحاب المجموعات الفقهية الاخرى، فيبلغون بالمناهج التطبيقية لتفسير النصوص وتعليل الاحكام (وهما امران مترابطان) شأوا عظيماً من الدقة والضبط والتفنن في التنويع والتفريع لم يجارهم بعد فيه احد. وأنّى لنا في هذا الكتاب الوجيز ان نحيط بفيض تلكم المناهج وتفصيلاتها. فلا علينا إلاّ ان نذكر

(١) في«المدخل للعلوم القانونية»،ص١٩٦-٢٣٤،تكلم الدكتور سليمان مرقس باسهاب في تفسير القانون وطرقه والقياس الجليّ،وقد مزج ما اقتبسه من المصادر الفرنسية بما اقتبسه من اصول القانون الاسلامي.ويبدو من المعلومات التي عرضها ومن اشارات في الهوامش انه اعتمد في ما استعرض من البحوث الاسلامية على كتاب«علم اصول الفقه»للفقيه المرحوم عبد الوهاب خلاف.

بعض قواعدها بمقدار ما ييسر لنا المقارنة بين النظائر والاضداد في قواعد التفسير في كل من المجموعتين التشريعيتين اللتين خصصناهما بالذكر لكونهما اليوم اهم مصادر القانون في العراق وفي اكثر البلاد العربية. يقرر الفقهاء المسلمون اربعة اصول منها تتفرع قضايا التفسير؛ وسنجمل الاصول الاربعة في ما يأتي بيانه.(١)

الاصل الاول: المقصد العام من التشريع:

امكن بالطرق الاصولية استقراء مقاصد الشارع في نماذج الوقائع وفي الاحكام الموضوعة بازائها، وارجاع جزئيات المقاصد من هذه الاحكام التفصيلية الى مقاصد عامة وكلية. واذ قد امكنت الاحاطة بهذه المقاصد الكلية العامة سهل بعدئذ التوصل بطريقها الى معرفة ارادة الشارع في كل نص يحوجنا عدم وضوح دلالته الى تفسيره. اما هذه المقاصد العامة فقد تسنى حصرها في ثلاثة:-

---

(١) من ابتغى التفصيلات العلمية في طرق التفسير، وتفصيل ما اقتضبناه كله في هذا المبحث، فليرجع الى مباحث «المصالح، الاحكام، المحكوم به، المحكوم فيه، المحكوم عليه، البيان، القياس، مسالك العلة، التعارض والترجيح، دفع العلل، الالفاظ وصيغ النص» في المراجع التالية:-
الامام الشافعي، «الرسالة» و «جماع العلم». الامام الغزالي، «المستصفى». الشاطبي، «الموافقات». التفتازاني، «التلويح». ولخلاصات من مثل ما استعرضناه هنا، انظر خلاف، «علم اصول الفقه». وليرجع خاصة الى «شفاء الغليل في الشبه والمخيل ومسالك التعليل» للامام الغزالي.

أ- تحقيق الضروريات في هذه الحياة : فان مصالح بني الانسان متنوعة متعددة، ومنها ما تختل بفقدانها حياتهم ومصالحهم الاخرى، كالطعام والشراب واللباس والمسكن. فلتحقيق هذه الضروريات اوجب الشارع الحصول عليها وتناولها ، ودفع عنها الضرر بمنع الحرمان منها ومنع اهلاكها وتبذيرها والاعتداء في سلبها. وقد استقصيت مجالات هذه الضروريات فوجد انها لاتخرج عن خمسة، هي الدين والنفس والعقل والنسل والمال.(١)

ب- تحقيق الحاجيّات: وهذه من المصالح ما اذا فقدت لايختل بذلك حياة بني الانسان اختلالاً تاماً، لكن فقدانها يؤدي الى الحرج والضيق. ومجال الحاجيّات هو كل ما من شأنه ان يتأدى الى حدّ من اليسر ورفاهية العيش يستعان به في تحمل اعباء الحياة والبلوغ بها الى غاياتها النافعة.(٢)

---

(١) من شواهد الاحكام القانونية المقصود بها تحقيق المصالح الضرورية: الاحكام الخاصة بالزواج لتكفل بقاء النسل والنسب، والاحكام التي تحرم الزنى والاجهاض وتعاقب عليهما صوناً للتناسل وبقاء الاسرة. وكتلك الاحكام التي تحرم القتل وتعاقب عليه استبقاء لحياة الناس ونفوسهم، «ولكم في القصاص حيوة يا اولي الالباب». ومنها ما قصد به الحفاظ على الضروري من المال كالاحكام المتعلقة بالسرقة ومنع الربا والغش والرشوة، «ولاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من اموالالناس».

(٢) ومن شواهد ماقصد به تحقيق المصالح الحاجية الاحكام المتعلقة بالطلاق حينما يشتد الخلاف بين الزوجين فتنتفي الغاية المرادة من الحياة الزوجية ويؤدي استمرارها الى الحرج والضيق للزوجين وللاسرة.ومن ذلك في عقود المعاملات المالية احكام البيع والهبة والاجارة وغيرها مما ييسر للناس تبادل=

ج- تحقيق التحسينيات: وهي الأمور التي تقتضيها الآداب والمروءة واستقامة شؤون الناس جميعهم على منهاج متلائم. وهذه امور اذا فقدت فإن حياة الناس لا تختل اختلالا تاماً ولا يصيبها الحرج والضيق- كما هو الشأن في الضروريات والحاجيات-، لكن أحوال الناس العامة تصبح مستنكرة غير محمودة في نظر العقول الراجحة والفطر السليمة. ومجال هذه الامور التحسينية هو كل ما يرجع الى محاسن العادات ومكارم الاخلاق والسير في الحياة على خير مايمكن التوصل اليه من منهاج[١].

ويترتب على هذا الأصل أن الأحكام القانونية المشرعة لتحقيق الضروريات وحفظها هي أهم انواع الأحكام واحقها بالمراعاة؛ وتليها في ذلك الاحكام المشرعة للحاجيات؛ ثم

= الاموال والمنافع على قدر حاجاتهم، بل ان الشارع قد تسامح في هذا المجال باجازة عقود لو نظر اليها من خلال قواعد كلية من علم الفقه اذن لاعتبرت باطلة فغير جائزة، كالسلم والبيع بالوفاء والمزارعة والمساقاة، تلك المعاملات التي دعت اليها حاجات الناس فجرت عليها اعرافهم.

(١) الأحكام التي لا تكون من قبيل الحاجيات، ويكون من شأنها التأدية الى انتظام احوال الناس وتوفر صلات الحسنى في مجتمعهم، هي كلها راجعة الى المقاصد التحسينية. فلنتخذ الشواهد من احكام الحرب لأنها اقوى توضيحاً وتمييزاً لهذه المقاصد: الحرب حال فيها الشدة ومن طبيعة اوضاعها القسوة المبررة بدواعي القتال؛ لكن المشرع راعى ههنا من جملة ما راعى جانب المروءة ومكارم الأخلاق والحيلولة دون الأفعال المستنكرة عند العقول والطباع السليمة، فنهى عن قتل الصبيان والنساء والعزّل وعن احراق الانسان حياً كان أو ميتاً وعن الغدر والمثلة بجثث القتلى.

الاحكام الخاصة بالتحسينيات. ومقتضى ذلك أن احكام التحسينيات ليست تراعى اذا كان في مراعاتها اخلال بالحاجيات؛ وكذلك الشأن في احكام الحاجيات متى كان في مراعاتها اخلال بالضروريات. ومن ههنا أتت القاعدتان الكليتان في الاصول والفقه: «الضرورات تبيح المحظورات»و«درء المفاسد اولى من جلب المنافع»[١]. ثم استكمل الاصوليون الأصل الأول بقواعد الأصل الذي يليه.

الأصل الثاني: عبارة النص وروحه ومعقوله:

نصوص القانون تعبر عن الاحكام ومتعلقاتها من الوقائع بصنوف متعددة من الدلالة يمكن ارجاعها الى نوعين هما: ما يدل عليه النص بعبارته، وما يدل عليه بفحواه وروحه ومعقوله. والأحكام كلها ملزمة، سواء كانت مستفادة من عبارة النص القانوني أو من روحه ومعقوله[٢]. أما صنوف دلالات النص فهي اربعة:

أ- عبارة النص: وهي صيغه من مفردات وجمل، وسياق خطابه وبيانه. فما يفهم من عبارة النص هو المعاني والأحكام المتبادرة

---

(١) للقاعدة الثانية انظر «القانون المدني»م ٨.

(٢) ينص «القانون المدني» في المادة الاولى (ف١) على مايلي: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها».

الى الذهن من صيغته والتي سيق النص لبيانها واقرارها- سواء كانت مقصودة من سياقه أصالة أوتبعاً.

ب- اشارة النص: وهي دلالته على معنى لا هو متبادر من صيغته ولا هو مقصود من سياقه، لكنه متلازم تلازماً تاماً مع المعنى المتبادر المقصود من الصيغة والسياق. وقد سمي هذا المعنى بمفهوم النص بطريق الالتزام. ونرى ان اشارة النص هي من قبيل دلالته بمعقوله من بعض الوجوه.

ج- دلالة النص: والمقصود بها دلالته بروحه ومعقوله لا بصيغته وسياقه. فاذا دل نص القانون على حكم واقعة وعلى العلة التي بني عليها الحكم في تلك الواقعة، ثم حدثت واقعة اخرى تغايرها (فتغاير الواقعة الانموذج التي وضع لها الحكم) لكنها تساويها أو تترجح عليها من حيث تحقق تلك العلة فيها على نحو يتبادر فيه المساواة او الرجحان الى الذهن بمجرد فهم صيغة النص، فان النص حينئذ يعتبر شاملاً للواقعتين كلتيهما: يدل على الاولى بمنطوقه، وعلى الثانية بفحواه (وتسمى الفحوى ههنا بمفهوم الموافقة، أي المفهوم الموافق لمنطوق النص). ويسمى التوصل الى الحكم بطريق دلالة النص توصلاً بالمساواة أو من باب أولى؛ ويدعى ايضاً «قياساً جلياً».

د- اقتضاء النص: قد يرد نص القانون مقتضباً يحتاج فيه الى تقرير زيادة في المعنى لم يدل عليها بالفاظ في النص. فاذا كانت الزيادة مما لا يستقيم النص دونها من حيث صحة معناه او مطابقته

للواقع فإن النص في هذه الحال دال على الزيادة بمقتضى معناه- وان لم توجد فيه بازاء الزيادة الفاظ معينة.فالنص باقتضائه يستلزم تقدير الجزء المزيد ويعّينه- فلا تتسنى الزيادة كيفما اتفق(١).

وإن هذه الدلالات المتعددة متعاقبة تعاقباً رتيباً

(١)واليك الشواهد التطبيقية للأصناف الأربعة من دلالة النص:
عبارة النص: نصت المادة ٤٣٠ من «القانون المدني» على أن «كل حق دوري متجدد كالاجرة والفوائد والايرادات المترتبة لاتسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات».فمنع سماع الدعوى بعد تركها خمس سنوات هوالحكم المفهوم من صيغة النص وهو المقصود اصالة من سياقة. وتنص المادة ٥٠٨ من هذا القانون على أن «بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون».ههنا حكمان أحدهما مقصود اصالة من سياق النص وهو عدم انعقاد البيع اذا لم يسجل على هذا النحو، والثاني هو وجوب وضع شكل معين للتسجيل- وهذا الحكم الثاني مستفاد ايضاًمن صيغة النص لكنه مقصود من سياق النص لا اصالة بل تبعاً للحكم الأول الذي هو المقصود من السياق اصالة.
اشارة النص: المادة العاشرة من «القانون المدني» تنص على أنه «لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع الا اذا..كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام».من جملة مايفهم من هذا النص أن القاضي يجب عليه الاسترشاد بما يميز له ماهو داخل في النظام العام وما هو خارج عنه،سواء كان ما يحصل به التمييز أحكاماً تشريعية أو قواعد فقهية. ولم يفهم هذا الحكم من صيغة النص وسياقه، بل من كونه متلازماً مع الحكم الأصل الخاص بسريان القانون على الوقائع السابقة. ذلك لان حكم السريان على هذه الوقائع قد جعل متوقفاً على تعيين ماهو من النظام العام، فكل ما يتوقف عليه التعيين فان بينه وبين الحكم الأصل ذلك التلازم الحاصل عادة بين المتوقف والمتوقف عليه.=

من حيث القوة والضعف؛ فأقواها عبارة النص وأضعفها اقتضاء النص. فاذا تعارض نصان فاكثر (أو تعارضت دلالتان في نص واحد) نظرالى وجه التعارض وعلاقته بصنف الدلالة في كل من النصين، ثم رجح النص الذي يكون صنف دلالته أقوى من الصنف الآخر: فالنصان المتعارضان بحكمين يدل النص الاول على احدهما بعبارة النص ويدل الثاني على الآخر باشارة النص أو بما دونها من الدلالات- هذان النصان يكون الرجحان بينهما للنص الأول الدال بعبارة النص، فيتحتم الأخذ بحكمه وترك حكم الثاني. وهكذا شأن الدلالات الاخرى في شتى الأوجه المختلفة المتصورة لوقوع التعارض، ما دامت الدلالة في النصوص المتعارضة مختلفة الاصناف. أما اذا كانت دلالة النصين المتعارضين من صنف واحد

= دلالة النص: تنص المادة ٧٦٢ من «القانون المدني» على أنه «أياكان المأجور يجب على المستاجر أن يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار فان سكت العقد وجب عليه أن يستعمله بحسب ما اعدّ له وفقاً لما يقتضيه العرف». ففي حال سكوت العقد اوجب نص المادة استعمال المأجور في ما اعد له المأجور وليس في ما لم يعد له عرفاً، وعلة الحكم مفهومة منه اذ الغرض هو الحيلولة دون ما قد يؤدي اليه الاستعمال غير العادي من عطب في المأجور. وما دام الأمر كذلك فان نص المادة يفهم منه حكم آخر من باب أولى، وهو عدم جواز احداث المستأجر تخريباً أو هدماً في المأجور- اذ ان علة الحكم أشد تحققاً في التخريب منها في الاستعمال غير العادي.

اقتضاء النص: نصت المادة٧٣٦من «القانون المدني» على أنه «يصح ان تكون الاجرة نقوداً كما يصح ان تكون أيّ مال آخر». هكذا ورد النص مطلقاً. فلو أننا فهمناه على وفق اطلاقه وعلى مقدار الفاظ النص وصيغته وحدها لاقتضى ذلك الحكم بجواز دفع بدل الايجار نقوداً او اعياناً او خدمات في الاحوال كلها التي اتفق او لم يتفق فيها الطرفان المتعاقدان على نوع البدل، وليس هذا هو مقتضى النص. بل مقتضاه انه« يصح اتفاق المتعاقدين على ان تكون الاجرة نقوداً..» الى آخر النص. فقد اتى=

فلا بد عند ئذ من الرجوع الى القواعد الاصولية الاخرى بغية ترجيح أحد النصين أو ازالة التعارض بينهما . وان من هذه القواعد الكلية المتعلقة بتعارض النصوص قواعد «مفهوم المخالفة» و«الخاص والعام» و«المطلق والمقيد» و«الناسخ والمنسوخ»؛ فمن اراد العلم بها فليرجع الى مطولات اصول القانون الاسلامي المشار اليها آنفاً والمذكورة في فهرس المراجع الملحق بهذه الرسالة. على أن في ما سيأتي ذكره في هذا المبحث والمباحث الخاصة بالغاء التشريع بعض العون في الالمامة جزئية بتلكم القواعد وبمزيد من قواعد الحلول بين النصوص المتعارضة.

الأصل الثالث: المبين، أو واضح الدلالة:

النصوص المبينة (بفتح الياء)- وتسمى كذلك واضحة الدلالة -هي التي تدل على المراد منها بصيغتها دون توقف على أمر خارجي. واقسام النص المبين اربعة تختلف في بعض أحوالها وتتفق في وصفها الأصل وهو كونها دالة على المقصود بنفسها:

أ- المحكم: وهو النص الذي يدل على المراد منه بصيغته، ومعناه هو المقصود أصالة من سياقه، وليس يحتمل التأويل ولا يقبل النسخ (أي الالغاء). (١)

= النص ناقصاً، لكن تمامه يعرف بطريق الاقتضاء على هذا النحو ومن ثم لا يجوز ان تجعل الاجرة غير ما يتفق عليه الطرفان المتعاقدان.

(١) للنسخ والالغاء راجع المباحث: ٢٨-٣١. أما الشاهد التطبيقي للمحكم فهونص المادة ١٤ من قانون الاحوال الشخصية المصرح فيه بتحريم زواج الرجل من امه او اخته. فالنص هنا صريح في الدلالة على حكم التحريم المقصود من سياقه لايقبل تأويلاً؛ وهو نص مبني على الآية الكريمة «حرمت عليكم امهاتكم واخواتكم ...» الى آخر =

ب- المفّسر: (بفتح السين) وهو الذي يدل على المراد بصيغته (والمعنى مقصود أصالة من سياق النص) ولا يحتمل التأويل، لكنه يقبل النسخ.(١)

ج- المأوّل: وهو مايدل على المراد بصيغته (والمعنى مقصود أصالة من سياقه)، لكنه يحتمل التأويل ويقبل النسخ. وقد اشتهر المأول باسم «النص»، وههنا يصبح للفظ «النص» معنيان اصطلاحيان احدهما عام في النصوص كلها والآخر خاص بهذا الصنف منها.

د- الظاهر: وهو ما دل على المراد بصيغته، لكنه احتمل التأويل وقبل النسخ و كان المراد منه مقصوداً من السياق تبعاً لا أصالة.(٢)

= الآية الكريمة المشهورة بآية التحريم وعلى اجماع الامة اليوم ومنذ مئآت الأعوام، فلا يقبل نسخاً والغاء.

(١) من شواهد المفسر المادة ١٠٦ من«القانون المدني»: «سن الرشد هي ثماني عشر سنة كاملة». النص صريح في الحكم، والحكم مقصود من سياقه، وقد عبر عن السن بعدد والاعداد غير قابلة للتأويل. غير ان النص قابل للنسخ، اذ انه يتسنى بتشريع رفع سن الرشد الى اكثر من هذا النصاب أو خفضه الى اقل منه، وحينئذ يصبح النص منسوخاً بالتشريع الجديد. وقد سمي مفسراً لأن صيغته دالة على المراد دلالة واضحة تغنى عن تفسيرها بأمر خارجي، فكأن الصيغة قد فسرت هي نفسها تفسيراً مزيلاً للابهام والغموض.

(٢) لمثال للظاهر راجع الشاهد التطبيقي الثاني من شاهدي «عبارة النص» في الأصل الثاني. بذلك يتبين لك أن الظاهر انما هو قسم من أقسام «عبارة النص» وأن عبارة النص «قد فرعت الى فروع هنا لاعتبارات بني عليها الأصل الثالث دون الأصل الثاني، وهي خصائص النص من قبوله او عدم قبوله التأويل في صيغته ومن احتماله او عدم احتماله النسخ في حكمه.

والنصوص المبينة كلها واجبة الاتباع لوضوح دلالتها؛ ولا يتأول ما يقبل التأويل منها الا بدليل قانوني. وان من شواهد التأويل ما تم في قوله تعالى: «واحل الله البيع». هذا نص ظاهر العموم في انواع البيوع كلها، ومنها بيع الغرر. لكنه قد أول بتخصيص عمومه واخراج بيع الغررمنه، أي من حكم كونه بيعاً صحيحاً. أما التأويل فقد تم بنصوص مصدرآخرمن مصادر القانون، وهي الاحاديث النبوية التي نهت عن بيع الغرر.(١) والمحكم هو اقوى النصوص من حيث الاحتجاج به ومن حيث دلالته على الحكم المستفاد منه، يليه في ذلك المفسر، ثم النص، ثم الظاهر. فاذا تعارض نصان فاقواهما هو الذي يكون له الرجحان. ثم اذا قارنا بين الأصلين الثاني والثالث من الاصول المعروضة هنا وجدنا اللاحق منهما متمماً للسابق ومضيفاً الى قواعده قواعد جديدة تعين على حل مشكلات التعارض بين النصوص التي هي من قبيل «عبارة النص».

ألاصل الرابع: غير واضح الدلالة:

النصوص غير واضحة الدلالة هي التي لا تدل على المراد بصيغها هي، بل يتوقف فهم المراد منها على امر خارجي. وللنص غير واضح الدلالة ثلاثة اقسام:-

أ- المجمل: وهو النص الذي لا يستقل بالدلالة على المراد لغموض ونقص مجتمعين في صيغته، لا لعارض طارىء

---

(١) وقد نص «القانون المدني» على عدم صحة بيع الغرر في المادة ٥١٤ (ف٢).

عليه، ويفقد القرائن كلها التي من شأنها التأدية الى تعيين المراد منه . فعدم بيان المراد في المجمل راجع الى افتقار شديد الى حكم مبين مفصل من الشارع، ولذلك لا يتسنى تفصيل المجمل الا بنصوص تشريعية.(١)

ب- المشكل: وهو الذي يكون عدم استقلاله بالدلالة راجعا الى صيغته، لكنه لا يفقد القرائن كلها، بل يمكن تعيين معناه بقرائن خارجية . فإن النص يصبح مشكلاً لاحتواء صيغته لفضاً مشتركاً له اكثر من معنى، وسياق النص ليس مما يتعين به المعنى المقصود. وههنا محل الاجتهاد والرأي والعمل الفقهي؛ فيمضي الفقيه (اوالقاضي) في تتبع القرائن القانونية وغير القانونية حتى يتوصل الى ازالة الاشكال بتعيين معنى

---

(١) والشاهد التطبيقي للمجمل هو نص الفقرة الاولى من المادة٤٦من «القانون المدني»:كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية ». فالنص قد علق كمال الاهلية على بلوغ سن الرشد، ثم خلا عن كل دلالة يمكن بمقتضاها تعيين نصاب هذه السن . وليس هذا النصاب من الامور التي يتسنى تحديدها اجتهادا بقرائن خارجية وحدها. فلا بد اذن من التماس حكم من الشارع يعين به النصاب، وهو الحكم «المفّسر» المنصوص عليه في المادة ١٠٦ من «القانون المدني» التي نقلنا نصها في الهامش الموصول بالقسم الثاني من اقسام الأصل الثالث. وههنا تظهر دواعي المقارنة بين النصوص التشريعية لاستظهار الاحكام فالتوصل الى الحكم المطلوب لما ينظر فيه من وقائع قانونية.

واحد من معاني ذلك اللفظ المشترك(١).

جـ- الخفّي: وهو النص الذي يدل على معناه دلالة ظاهرة، غير ان انطباق مفهومه على بعض مدلولاته يكتنف شيئاً من الخفاء وعدم الوضوح، فيعتبر النص خفياً بالاضافة الى تلكم المدلولات دون غيرها. وينشأ ذلك عادة بسبب اتصاف بعض مدلولات النص بأوصاف زائدة لا هي مفهومة من صيغة النص ولا هي متحققة في مدلولاته الاخرى. وهذا - كالمشكل - محل للإجتهاد والرأي والعمل الفقهي؛ فيمضي الفقيه في تتبع القرائن وفي استظهار مدى شمول النص بطريق القواعد الاخرى للدلالة، حتى يتوصل الى ازالة الخفاء باظهار الحكم

---

(١) ومن امثلة المشكل كلمة «الليل»، اذ ان لها معنيين احدهما اصطلاحي والاخر لغوي. فالليل في عموم اللغة تطلق على الفترة الزمانية التي يخيم فيها الظلام، فنحن لا نسمي الوقت قبيل شروق الشمس ليلاً ولا الوقت بعد غروب الشمس وقبل حلول الظلام. اما عند الفلكيين فالليل هو الفترة الزمانية بين غروب الشمس وشروقها. وقد وردت هذه الكلمة في قانون العقوبات اذ جعل الليل ظرفا يستدعي تشديد العقاب على السرقة اذا ارتكبت خلاله. فكيف الامر في فعل السرقة قبيل طلوع الشمس على الافق، أنعتبر الفعل ليلاً أم نهاراً؟ الجواب متوقف على اختيار احد المعنيين هنا للفظ الليل المشترك. وهذ الاختيار امر اجتهادي تختلف فيه انظار رجال القانون باختلاف القرائن التي يستدلون بها في تعيين المعنى المختار. ثم ليعلم ان تعدد معنى النص لا ينشأ دائماً وعلى وجه الحصر من وجود لفظ مشترك في النص.بل قد يتعدد المعنى لوجود نصين متعارضين يغلب في كل منهما معنى غير المعنى الغالب في النص الاخر مع احتمال كل من النصين المعنى الغالب ومعنى آخر. وفي هذه الحال يرفع الاشكال بتطبيق القواعد الخاصة بالتعارض.

المنطبق على المدلولات ذوات الاوصاف الزائدة[١].

ثم ان الامور الخارجية التي يستعان بها في استجلاء النصوص المجملة والمشكلة والخفية هي - على ما قدمنا - النصوص التشريعية، وحكمة التشريع، والقواعد الكلية في الفقه وفي اصول القانون (ومنها الاصول الثلاثة السابق ذكرها)، والقرائن العقلية واللغوية والواقعية جميعها التي يتسنى الركون اليها في ميدان الاستدلال الفقهي. ولعل فوائد هذا البحث في تفسير النصوص القانونية ان تستكمل بالتعقيب على طرق التفسير في المجموعتين الاسلامية والفرنسية رجاء استبانة اوجه الوفاق والافتراق بينهما في هذا المجال - ونرجو ان يفي بذلك المبحث القادم.

٢٧- مقارنة قواعد التفسير عند الاصوليين المسلمين والفرنسيين :

(١) من شواهد الخفي النصوص القانونية التي تضمنت صيغها مصطلح «السرقة». فالسرقة في الاصطلاح القانوني هو اختلاس مال منقول لشخص غير المختلس، والمنقول هو الذي يمكن نقله وتحويله من مكان الى مكان دون تلف عادة (كالنقود والحيوانات)، فانطباق مفهوم السرقة على اكثر مدلولات هذه اللفظة واضح -كما هو الشأن في سرقة النقود والبضائع التجارية الملموسة. بيد ان انطباقه على بعض المدلولات قد يكتنف شيئاً من الخفاء وعدم الوضوح كما هو الشأن في سرقة التيار الكهربائي. فهل يعتبر مختلس التيار الكهربائي سارقاً يعاقب على فعله هذا بعقوبة السرقة؟ يتوقف الجواب على اقرار ما اذا كان التيار الكهربائي مالاً منقولاً. وقد اعتبره الفقه والقضاء كذلك استدلالاً بقرائن منها كون التيار شيئاً ذا قيمة مالية وكونه قابلاً للحيازة بطرق فنية صناعية -فازيل بهذه القرائن الخفاء عن كون اختلاسه مدلولاً للفظة السرقة ينطبق عليه مفهومها الاصطلاحي القانوني.

يتضح مما اسلفنا في المبحثين المتقدمين ان طرق تفسير النصوص التشريعية عند الاصوليين المسلمين والاصوليين الفرنسيين تتفق من وجوه وتختلف من وجوه. اما اوجه الوفاق فيتيسر اجمالها في ثلاثة :-

الاول: وفاق مناهج الفريقين في وجه الحاجة الى تفسير نصوص التشريع وفي اسباب تحقق اوجه الحاجة اليه. فعندهما ان وجه الحاجة هو عدم الوضوح في دلالة النص، وان اسباب عدم الوضوح هي الغموض والتعارض والنقص.

الثاني: وفاق الفريقين في ان طرق التفسير منها داخلية ومنها خارجية، وانها تشمل الاستنتاج بالقياس وبمفهوم المخالفة و بالمفهوم من باب اولى، كما تشمل الرجوع الى مصادر القانون والاسترشاد بالنصوص التشريعية وبحكمة التشريع وروحه وبما يمكن التوصل اليه من قرائن معينة على توضيح المراد من النص.

الثالث: وفاقهما في ان مهمة المفسر (بكسر السين) هي توضيح النص او اتمامه في حالي الغموض او النقص، والتوفيق قدر المستطاع في حالة تعارض النصين ثم ترجيح احدهما على الآخر عند امتناع التوفيق.

تلك هي اوجه الوفاق. اما الافتراق بين المنهاجين فقابل كذلك للاجمال في ثلاثة وجوه :-

الاول: ان الاصوليين الفرنسيين يكاد ينحصر استعمال القياس عندهم على انه طريق من طرق التفسير. اما الاصوليون المسلمون فان القياس عندهم احد المصادر الرئيسة للقانون، فوظيفته في مجال التفسير انما هي وظيفة ثانوية متفرعة عن كونه مصدراً رئيساً للقانون. وانه لمن اجل ذلك ان الاصوليين المسلمين قد وسعوا مباحث القياس توسعة كبيرة اثمرت نظرية عامة بل عدة نظريات لأصل القياس؛ وانهم قد تفننوا في وضع اسسه العامة وقواعده الكلية وتفريعاته المنهجية تفنناً لانجد له رديفاً عند غيرهم من الاصوليين.

الثاني: ان طرق التفسير الفرنسية اعتبرت النقص في صيغة النص مفضياً الى غموضه كيفما اتفق النقص. اما طرق الاصوليين المسلمين فقد ميزت بين انواع من النقص واعتبرت بعضها من قبيل معقول النص واقتضائه لامن قبيل الاسباب المفضية الى الغموض. وقد امكن ذلك بتلكم الوسائل الفريدة التي رأيناها في الاصول الاربعة من قواعد منهجية عامة تجلو في النصوص اوضاعاً كثيرة لولاها لبقيت معدودة من الغوامض او المفضيات الى الغموض.

الثالث: ان الاصوليين الفرنسيين اعتمدوا على مقاصد الشارع وحكمة التشريع للترجيح بين نصين متعارضين تعارضاً ذاتياً بحيث يتناقض الحكم المستفاد من احدهما مع الحكم المستفاد من الآخر. اما الاصوليون المسلمون فقد وضعوا ضوابط كلية لمعرفة مقاصد الشارع وحكمة التشريع؛ ثم مضوا يتوسعون في الاعتماد على هذه المقاصد، لا في ترجيح النصوص وحدها المتعارضة تعارضاً ذاتياً، بل في الترجيح بين نصوص لاتتعارض احكامها الا تعارضاً غائياً- اي تعارضاً بين ما يتحقق بالاحكام من غايات لا بين الاحكام ذواتها. فهم بذلك اكثر اعتماداً من الاوصليين الفرنسيين على مقاصد الشارع وحكمة التشريع ومعقول القانون وروحه.

٢٨- إلغاء التشريع:

وان من خصائص القانون ان المشرع منه يقبل الالغاء كما قبل التشريع. اما السلطة التي تلغي التشريع فهي نفسها التي تشرعه. لقد مر علينا في المبحث الخاص بتدرج التشريع ان التشريعات منها ما هو دستوري وما هو اصل وما هو متمم ومكمل؛ وان السلطة التنفيذية هي التي تشرع الاحكام المتممة بتفويض من السلطة التشريعية او نيابة عنه.[١] فالغاء اي تشريع في اي درجة من الدرجات الثلاث لا بد ان يكون من الجهة

---

(١) راجع ما مر، المبحث ١٩.

التي شرعته او من جهة اعلى منها سلطاناً. ومن ثم لايصح الغاء الدستور او بعض احكامه الا بمقتضى حكم خاص بالالغاء مصرح به في نص الدستور نفسه ووفق الخطة المرسومة في ذلك النص. اما اذا خلا الدستور من نص من هذا القبيل فعندئذ ينظر الى الجهة التي شرعت الدستور: فاذا كان الدستور صادراً من ارادة الشعب المباشرة في استفتاء عام جرى الالغاء على المنوال نفسه؛ واذا كان صادراً من السلطة التشريعية الغته السلطة نفسها. وكذلك الشأن في التشريع الاصل والتشريع المتمم : الغاء الاول يتم بتشريع من السلطة التشريعية؛ والغاء الثاني بتشريع من السلطة التنفيذية او الجهة منها التي كانت قد شرعت الاحكام المتممة المراد الغاؤها. فلا يجوز الغاء تشريع اصل بتشريع فرعي متمم؛ ويجوز الغاء تشريع متمم بتشريع اصل على وفق ما تقتضيه قواعد التدرج في التشريع.(١)

وههنا يحسن التفريق بين معاني الالغاء والتعديل

---

(١) ولعرض مماثل لهذه القواعد، راجع السنهوري، «اصول القانون»، ص٢١٥، ٢١٦. وينبغي التنبيه هنا على ان هذه القواعد تراعى حينما يراد استبدال التشريعات مع بقاء النظام الاجتماعي والسياسي غير مستبدل. اما في حال استبدال النظم الاجتماعية والسياسية استبدالاً خاطفاً بطريق الطفرة لا بطريق التطور المتتابع فان الغاء التشريع لايتوقف على متابعة المنوال المعبر عنه في هذه القواعد. ذلك لان هذا اللون من الاستبدال يتحقق غالباً بالثورة (شعبية كانت او عسكرية)؛ والثورة تستهدف بادئاً تقويض النظام السياسي السائد فيما مضى فتتناول الدستور نفسه بالنسخ او التبديل-غير متوقفة في ذلك على ما قد يكون في هذا الدستور من نصوص تبين شرائط النسخ او التبديل. ويقال مثل ذلك من باب اولى في نسخ التشريعات الاخرى التي هي ادنى درجة من الدستور.

في المصطلح القانوني الشائع[١] وفي المصطلح الاصولي عند علماء القانون. فالشائع هو أن تشريعاً مّا اذا شمل الالغاء مواده كلها او اكثرها فذلك الغاء؛ واذاشمل بعض مواده دون اكثرها فذلك تعديل. أما عند الاصوليين فالالغاء والتعديل أمران متغايران سواء كانا كليين أو جزئيين. المراد من التعديل ظاهر من لفظه؛ فبقي ان نعلم المراد من الالغاء. هو ابطال العمل بالاحكام القانونية، سواء كان الملغى حكماً واحداً في تشريع أو احكام هذا التشريع برمته؛ والمصطلح القانوني العريق في العربية للالغاء هو النسخ. يقال نسخ هذا الحكم أي ابطل العمل به ونزعت خاصة الالزام عنه؛ ونسخ هذا التشريع أي ابطل العمل باحكامه كلها. فالنسخ الكلي هو ابطال العمل بالمنسوخ كله - سواء كان المنسوخ نسخاً كلياً حكماً واحداً او جملة أحكام. ثم ان النسخ الكلي يقابل النسخ الجزئي، والمقصود بهذا ابطال العمل بجزء من المنسوخ لا به كله- سواء كان المنسوخ نسخاً جزئياً حكماً واحداً أو جملة أحكام تشريع معين. وقد جرى الاصوليون في الشريعة الاسلامية على تسمية انواع النسخ الجزئي «تخصيصاً»[٢]. يظهر مما تقدم أن مصطلحي الالغاء والتعديل الشائعين هما أقل احاطة

---

(١) اي الشائع عندنا في العراق.

(٢) يحصل هذا عندما يتعارض نصان يكون احدهما عاماً و الآخر خاصاً، او يكون احدهما مطلقاًوالآخر مقيداً. فمن اراد مزيداً من العلم فليرجع الى مبحث «العام والخاص والمطلق والمقيد» في مراجع اصول القانون الاسلامي المذكورة في فهرس المراجع والمشار اليها آنفاً في هوامش هذا الكتاب.

بدقائق المعنى الاصطلاحي من مصطلحي النسخ الكلي و النسخ الجزئي.ألا ترى الى قانون مشرع معين يبطل العمل ببعض حكم كل مادة من مواده ويستبقي النفاذ للبعض الآخر في كل مادة من مواده، فماذا عسانا نسمي ذلك في الاصطلاح الشائع؟ فإن سميناه الغاء خالفنا ما اردناه من الالغاء بادئاً، لأن هذا القانون انما ابطل نصفه المشاع في مواده كلها ولم تلغ مواده كلها ولا اكثرها؛ وان سميناه تعديلاً أزلنا التمييز بين الالغاء والتعديل من اساسه، لأن الابطال قد سرى الى كل مادة من مواده فلا وجود فيه لكثرة من المواد مستبقاة على حالها. فالتمييز غير مطرد في الاصطلاح الشائع كما ترى. أما مصطلح النسخ كليه وجزئيه فهو مطرد في الحالين: ففي المثال السابق نجد النسخ جزئياً سواء نسبناه الى القانون كله أو الى أيّ مادة من مواده. على أن النسخ قد ياتي جزئياً بالنسبة الى قانون، كلياً بالنسبة الى بعض مواده- بقطع النظر عن عدد المواد المنسوخة قلة وكثرة. ومهماتكن أوضاع هذه المصطلحات، فإن العمل الجاري في مجال التقنين في العراق قد مضى على تسمية التعديل الغاء.فإن ديوان التدوين القانوني يستعمل الصيغة التالية في احوال يراد فيها ابطال بعض احكام مادة قانونية واستبقاء بعضها:«تلغى المادة...(الثلاثون- مثلاً)ويحل محلها مايلي..»؛ثم يلي النص وفيه الجديد المبطل والقديم المستبقى من احكام المادة نفسها؛ والغريب أنه يعاد رقم

المادة مرة اخرى مع النص الجديد- فكان الرقم عينه ينسخ مع النص القديم للمادة ثم يعاد تشريعه مع نصه الجديد[١].وعلى الرغم من ذلك كله، تستعمل لفظة التعديل في عنوان القوانين الناسخة، فيكتب «قانون تعديل قانون..» (يتبعه عنوان القانون المنسوخ او رقمه او كلاهما)؛ وهذا حينما يكون النسخ لبعض مواده لا لاكثرها او كلها- ذلك النسخ المعبر عنه في موادقانون التعديل نفسه بصيغة الالغاء لا بصيغة التعديل.

٢٩- أوجه النسخ:

النسخ (وان احببت المصطلح الشائع فالالغاء) على نوعين: نسخ صريح، ونسخ ضمني. الاول يتأتى بسن تشريع يبطل العمل بتشريع نافذ او ببعض احكامه. وفي هذه الحال اما ان يأتي التشريع المبطل باحكام جديدة تحل محل الاحكام القديمة، اولا يأتي بأيّ حكم جديد ما خلا الحكم الخاص بابطال العمل بالتشريع القديم[٢]. ومن شواهد النسخ الصريح لتشريعات ولاحكام من تشريعات ماورد في الفقرات الخمس التي تكونت منها المادة «١٣٨١» من القانون المدني العراقي: فقد نسخت الفقرة الاولى ما اشتملت عليه «مجلة الاحكام العدلية» ماعدا

(١)راجع - على سبيل المثال- القانون ذا الرقم ٧٣ لسنة ١٩٦٦، وهو «قانون تعديل قانون البنك المركزي العراقي».

(٢) راجع الدكتور سليمان مرقس،«المدخل للعلوم القانونية»،ص ١٤٥- ١٤٩.

«الكتاب الرابع عشر في الدعوى والكتاب السادس عشر في القضاء»؛ ونسخت الفقرة الثالثة القانون ذا الرقم «١٧» لسنة ١٩٣٦ الخاص بالفائدة القانونية، والمواد «١ - ٦» من قانون الاحوال الشخصية للاجانب ذي الرقم «٨٧» لسنة ١٩٣١. وقد يتم النسخ الصريح بجعل تشريع موقوت النفاذ مشتملاً على حكم انتهاء العمل باحكامه: ومن امثلة ذلك «قوانين تطهير الجهاز الحكومي» المتعاقب سنها في العراق من بعد ثورة الرابع عشر من تموز؛ فقد نص في اكثرها على نفاذ احكامه لمدة معينة (ستة اشهر)، ثم مدد العمل ببعضها بتشريع، ثم انتهت تلكم المدد فانتهى نفاذ تلك التشريعات المنسوخة على هذا النحو. اما النسخ الضمني فيتحقق عندما يتعارض حكم (او احكام) في تشريع نافذ مع حكم (او احكام) في تشريع آخر نافذ؛ وقد مر علينا شاهد تطبيقي لهذا النوع من النسخ في مبحث سالف.[1] ففي هذه الحال يعمد الى التوفيق وازالة التعارض بين الحكمين وفق قواعد تفسير القانون المتقدم بيانها. فاذا استعصى التوفيق استعصاء تاماً عمل عندئذ بالقاعدة الكلية الاصولية في السبق واللحوق: فالحكم او القانون اللاحق زماناً يعد ناسخاً للحكم او القانون السابق - لأن اللاحق هو الذي يدل على آخر ما استقرت عليه ارادة الشارع.

وقد جرت العادة في أيامنا على تضمين

---

(١) راجع المبحث ٢٠

التشريعات في اواخرها نصاً من مثل: «يلغى أيّ حكم في أيّ قانون آخر يتعارض مع احكام هذا القانون»[١] - كأنّ في ذلك لوناً من الاحتياط لما قد يوجد من احكام متعارضة لم يعلم بها مدونو القانون. اما علماء القانون واصوله فلا يرون في امثال هذا النص اي فائدة، لانه انما يقر ما قد تقرر واستقر بقاعدة السبق واللحوق في النسخ الضمني.[٢]

٣٠- نسخ التشريع بالعرف:

للقانون مصادر متعددة منها التشريع ومنها العرف - على ما سيأتي تفصيله في الفصل السادس. وقد علمنا مما تقدم ان التشريع ينسخ بالتشريع. بقي ان نعلم ما اذا كان العرف ينسخ بالعرف وبالتشريع، وكان التشريع قابلاً او غير قابل للنسخ بالعرف. اما ان العرف يتسنى نسخه بالتشريع متى وجد وبالعرف متى تغير فأمر لسنا نعلم فيه اختلافاً بين الفقهاء والاصوليين. اما نسخ التشريع بالعرف فقد اختلفت فيه الآراء في الفقه الفرنسي. فمن المختلفين قلة ذهبوا الى جوازه مستندين على دليلين اولهما ان العرف مصدر للقانون مهم ينشيء احكامه ويسد مسد التشريع كلما اعوز هذا نقص من قواعده واحكامه، فلا ضير

---

(١) انظر - مثلاً - المادة ٦٧ من «قانون الخدمة المدنية» رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠، المنقول منها النص المذكور هنا.

(٢) راجع السنهوري، «اصول القانون»، ص ٢١٩.

اذن في ان ينهض العرف ناسخاً من التشريع احكاماً. وثانيهما ان قد حصل في واقع الحال نسخ حكم تشريعي باستقرار العرف على خلاف مقتضاه: فان القانون المدني الفرنسي سمي بمقتضى «ديكريتو» صادر عام ١٨٥٢ «بقانون نابليون»؛ ثم لما اقترح - بعد انقضاء دهر - ابطال ذلك الحكم وتسمية هذا القانون «بالقانون المدني الفرنسي» رفض الاقتراح رفضاً مبنياً على الاحتجاج بعدم الحاجة الى ابطال ذلك لسبق ثبات العرف واستقراره على تسمية هذا القانون بالاسم المقترح عينه. ومن المختلفين كثير وجدوا ان المصلحة العامة تقتضي الحفاظ على احترام التشريع بعدم السماح بنسخ احكامه بالاعراف. ومع ذلك كله؛ قد روي ان المحاكم الفرنسية اخذت بنسخ احكام التشريع التجاري بالعرف شريطة الا تكون الاحكام من قبيل النظام العام.(١)

٣١- نسخ التشريع بطول النسيان:

رب تشريع لايجري عليه العمل دهراً فتنساه الناس وتنسى احكامه حتى لكأنها لم تكن قد شرعت من قبل. فهل يعد التشريع منسوخاً لطول أمد الغفلة عنه والانصراف عن تطبيقه؟ للفقهاء الفرنسيين جوابان: احدهما ناف، والآخر مثبت. اما نظرية النسخ وفكرة النسيان فهما اسلاميتان وضع اساسهما

---

(١) راجع الكتاب السابق ذكره، ص ٢١٦ - ٢١٨ (والهامش المفصل في الصفحة ٢١٧).

في المصدر الاول من مصادر القانون الاسلامي، ثم بنى عليه الاصوليون نظرية للنسخ مفصلة القواعد دقيقة المناهج - تفصيلاً ودقة تميزت هي بهما عن مباحث النسخ في المجموعات التشريعية الاخرى. فقد نص على اساس النظرية واصلها في الآية الكريمة: «ما ننسخ من آية او ننسها نأت بخير منها او مثلها ... »[١]؛ اما تفصيلات النظرية فهي فيض من المسائل الفكرية والتطبيقية يضيق عنها المقام في هذا الكتاب الوجيز. فيكفي هنا العلم بأن ماقدمناه في مباحث النسخ والالغاء انما هو غيض من ذلك الفيض؛ ومن اراد مزيداً من العلم فليقرأ ابواب النسخ وفصوله في الموسوعات الاسلامية في اصول القانون.[٢]

فأما نسيان الناس الاحكام التشريعية دهراً فلا ينهض ناسخاً عند الاصوليين المسلمين لعلل راجعة الى مصدر النسيان نفسه. فان النسيان لايتصور حصوله الا في حالين : الاول مضي زمان دون ان تحدث الوقائع القانونية التي وضعت الاحكام المنسية بإزائها؛ والثانية اهمال السلطة العامة تنفيذ الاحكام مدة من الزمن. وليس في أيٍّ من الحالين ما يستدعي او يبرر نسخ الاحكام التشريعية - لاشرعاً ولا عقلاً. هب الناس في

---

(١) سورة « البقرة » ١٠٦.

(٢) ولخلاصة ممتعة في نظرية النسخ، راجع الامام الغزالي، «المستصفى» ٦٩/١ - ٨٣ (كتاب النسخ).

بلد لم يحتج احد منهم اعواماً استئجار مال غير منقول، فهل يعقل اعتبار ذلك نسخاً للاحكام الخاصة باجارة العقار - حتى اذا تعاقد اثنان فيما بعد يستأجر احدهما داراً لصاحبه اضطررنا الى القول بأن ليس لعقد الاجارة هذه في ذلك البلد احكام تشريعية تنظمه، لسبق انتساخ الاحكام بطول النسيان؟! ثم هب السلطة العامة هي التي اهملت زمناً تطبيق احكام وتنفيذها، فلننظر في تكييف هذا الاهمال وحكمه وفق اصول القواعد التشريعية ليتسنى بذلك اقرار استلزامه النسخ من عدمه. ان من خصائص التشريع الاسلامي ومن اصوله المستقرة انه ليس بتشريع طبقي، وان احكامه ملزمة واجب اتباعها على من يتولون السلطة العامة ومن لايتولونها، لا تمييز في ذلك بين شخص وشخص او فئة وفئة. فاهمال سلطة عامة تنفيذ بعض الاحكام انما هو في واقع الامر مخالفة لاحكام التشريع ارتكبها الاشخاص الذين تولّوا تلك السلطة العامة فرادى او مجتمعين. ومخالفة القانون لم يكن قط من شأنها ان تتخذ ناسخاً للاحكام التشريعية، بل هي سبب لمعاقبة من ارتكبوها. فطول النسيان لا ينتسخ به التشريع.(١)

---

(١) اما الاعتداد بالنسيان في مجموعة القانون الاسلامي فمكانه احوال يكون فيها المنسي واقعة قانونية او تفصيلات من واقعة قانونية؛ فاذا اعتد بالنسيان في حال من هذه الاحوال فانه عندئذ يسبب انعزال حكم تشريعي عن واقعة قانونية على الرغم من تطابقها مع الواقعة الانموذج لذلك الحكم. لكن هذه المباحث فقهية بحت، فلا سبيل الى تفصيلها في هذا الكتاب.

وقد مضى جمهور الفقهاء الفرنسيين على عدم انتساخ التشريع بطول النسيان؛ وقضت بذلك محكمة النقض والابرام الفرنسية. على ان فيهم من قد جنحوا الى نقيض هذا المذهب متعللين بأمرين: احدهما ان التقاليد الرومانية فيها ترك الحكم لطول اهماله او نسيانه؛ والثاني هو استقرار الحال في فرنسا على عدم معاقبة المدخنين يوم اذ كان التدخين فعلاً ممنوعاً معاقباً عليه بمقتضى القانون.[١] ثم ان من الكاتبين المعاصرين من نظر الى طول النسيان على انه عرف سلبي متعارض مع التشريع؛ فما قيل في نسخ التشريع بالعرف وعدم نسخه ينساق عندئذ الى النسيان المعدود عرفاً.[٢]

بهذا ينتهي الحديث في خصائص القانون، وقد بدأناه بخاصة قبوله التشريع وانهيناه بخاصة قبوله النسخ وفصلنا في المباحث الوسيطة سائر خصائصه المهمة. فسيفرد الفصل الذي بعد هذا لأوجه الترابط بين الحق والقانون.

---

(١) راجع السنهوري، «اصول القانون»، ص ٢١٦ - ٢١٨، والهامش المفصل في الصفحة بينهما.

(٢) راجع مرقس، «المدخل للعلوم القانونية»، ص ١٤٩ - ١٥١.

الفصل الخامس

الحق والقانون

٣٢- العلاقة بين الحق والقانون:

صنوان متلازمان لايكادان يفترقان: هما الحق والقانون. والتلازم راجع الى ما بينهما من علاقة السببية: فالقانون سبب للحق في اصل وجوده؛ والحق سبب للقانون في انقسامه صنوفاً وانواعاً.[١] فما دام الحق ذا قسمة الى ما هو حق عام وما هو حق خاص فالقانون منقسم لا محالة الى قانون عام وقانون خاص. ذلك يجعل الخوض في مسائل فروع القانون وتمييز خصائص احكامها متوقفاً على إلمامة كافية «بنظرية الحق».[٢] ففي المباحث التي بين ايدينا هنا سنلم من هذه النظرية بأهم

---

(١) القانون كما ذكرنا في باديء الكتاب هو «مجموعة الاحكام والقواعد الملزمة المنظمة اعمال الاشخاص في المجتمع تنظيماً يكفل لهم الحقوق والواجبات افراداً وجماعات». قارن مقارنة دقيقة بين هذا التعريف وتعريف الحق (في المبسط الاخير من المبحث ٣٣ من هذه الرسالة) تظهر لك العلاقة التي ذكرناها واضحة ميسرة.

(٢) كلمة «النظرية» نسبة الى «النظر» بمعنى التفكر والتبصر داخل الذهن. ولكل امر جانب النظر في الذهن وجانب التطبيق في الواقع خارج الذهن. فاذا تيسر التطبيق وتبين التطابق بين ماهو في الذهن وماهو في الواقع اصبح الامر المعلوم المطبق «علماً» ذا اصول وقواعد ومنهاج.اما اذا تعسر =

مقوماتها الموجزة في خمسة امور هي:ماهية الحق،اركان الحق، لوازم الحق،مصادر الحق، أنواع الحق.

٣٣- ماهية الحق:

وخير أنيس في العلوم مثال.أنت موظف أو عامل في مصنع حكومي (من مصانع القطاع العام) تأخذ نظير ما تعمل كل شهر ثلاثين ديناراً. فالعلاقة بينك وبين صاحب المصنع (او ادارة المصنع) علاقة تعاقدية ناشئة عن عقد خدمة أو عقد عمل أنتما طرفاه: أنت تعطي صاحب المصنع ماتعمل،وهويعطيك بما تعمل ثلاثين ديناراً كل شهر، فانتما متفقا الارادة على أن تتبادلا عملاً منك وثلاثين ديناراً منه.فاذا بلغت آخر الشهر وقبضت

= التطبيق او تبين عدم التطابق بقي الذي دار في الذهن امراً نظرياً غير مرتفع الى مصاف العلم. فاذا قيل في مجال المعارف الطبيعية هذه المعرفة «علم» فهمنا انها متقومة باصول وقواعد مطبقة متطابقة الجانبين. واذا قيل إنها «نظرية» ادركنا انها مجرد مسائل اديرت في الذهن او تُخيلت ولما يسعفها بعد التطابق والتطبيق. ثم اذا وجهت وجهك صوب القانون وعلومه ظهر لك واضحاً انه مجموع احكام واصول وقواعد انما اريدت واستحدثت لمقاصد التطبيق، وانها ليست مما يصح وصفها بلفظة «النظرية» النابية عن واقع حالها وحقيقة خلالها. فهذه علوم فقه وليست نظريات جرداء.لكن المحدثين من رجال القانون في عصرنا استعملوا لفظة «النظرية» مضافة الى الحق والالتزام والعقد والتعسف والعقاب وما الى هذه، فكتبوا نظرية الحق، ونظرية الالتزام، ونظرية العقد، ونظرية التعسف، ونظرية العقاب أو النظرية العقابية. والحق أنهم جروا في هذا المسار الاصطلاحي دونما حد أدنى من التروي والتدقيق المحتاج اليهما في مجال العلوم،فكان هذا الخطأ الفادح واستشرى. والعلة فيه وفي أمثاله من الأخطاء إنما هي آفة الغفلة عن القانون الاسلامي وعلومه وعن المصطلحات القانونية العربية العريقة وعن اصول هذه اللغة الجميلة وآدابها، ومن ثم اللجوء الى الاخذ من لغات أجنبية بترجمة=

الدنانير الثلاثين فلك أنت يومئذ من هذه الدنانير منفعة ظاهرة: فانك تملكها وتستطيع أن تشتري بها كتاباً وخبزاً وفاكهة تطعمها أنت وتقوت منها من تعيل من أهل بيتك ومن تصطفي من اخلائك. آلآن نراك بالاضافة الى هذه المنفعة الظاهرة، وهي منفعة مادية مقدارها ثلاثون ديناراً، في وضع قانوني معين. فان القانون قد جوز لك الاختصاص بها دون غيرك: فعلى صاحب المصنع ألا ينقصك منها درهماً؛ وعلى الناس جميعاً ألا يسرقوا ولا يغصبوا منها درهماً؛ ولكن أنت أن تنفقها لا تضار احداً ولا يضارك أحد. هذا الوضع القانوني الذي أنت فيه بالاضافة الى تلك المنفعة والى الناس جميعاً هو الذي اصطلح علماء القانون واصوله على التعبير عنه بلفظة «الحق»(١).

ولنقلب المثال نفسه على وجه آخر. أنت عامل في ذلك المصنع وتتقاضى ثلاثين ديناراً في الشهر. وكلا طرفي هذا الأمر، أي عملك في المصنع وتقاضيك الدنانير الثلاثين، راجع الى علة واحدة هي كونك مواطناً من جملة ابناء البلد. فعليك لكونك مواطناً أن تعمل وتنتج، لا أن تكسل و تتقاعس. ولك لكونك مواطناً أن تحصل على حاجتك وبلغتك من اسباب العيش،وقد

=ركيكة او نابية من مثل لفظة النظرية هنا ولفظة «الرجل الضفدع» للغواص ولفظة «الكلية» في «كلية القانون» و «كلية الآداب» وسائر الكليات. ولقد شاعت « النظرية » واستشرت فاضطررنا الى استعمالها هنا، كما اضطررنا من قبل الى استعمال «الكلية»، أخذاً بالقول الشائع في الخطأ الشائع وإفهاما لمن لا يحسنون غير فهم المستعجمات.

(١) التكييف القانوني هنا للمثال الاول يجعل العلاقة بين العامل وصاحب المصنع من قبيل الوقائع القانونية في مجال القانون الخاص. وقد وجدت الزملاء الفضلاء أساتذة القانون في بلادنامختلفين في أمر واقعة التوظيف =

قدّرت هذه بثلاثين ديناراً في الشهر.فاذا كان آخر الشهر وقبضت الدنانير فانك تملكها وتستطيع أن تشتري بها خبزاً وفاكهة وكتاباً لك ولاهل بيتك.ثم إن على الناس أجمعين ألا يسرقوا ولا يغصبوا منها درهماً؛ وان لك الاختصاص بها وانفاقها لا تضار أحداً ولا يضارك أحد.فالآن نراك - تاره اخرى - في وضع قانوني معين بالاضافة الى تلك المنفعة والى الناس أجمعين؛ وهو الذي تعارفنا على التعبير عنه بمصطلح «الحق»[١]. فالحق باق - كما ترى، والذي تغير انما هو نوع الحق ومصدره؛ وستعلم فيما بعد أن للحق أنواعاً مختلفة ومصادر شتى.

ولنجتل الحق بمثل آخر غير الذي قدمناه. زيد من الناس يتوفى أبوه تاركاً من متاع الدنيا داراً وشاتين، وليس للمتوفى غير ابنه من قريب. فاذا كان الأب والابن من مواطني بلد يجوز قانونه انتقال هذا المقدار من التركات من شخص حقيقي الى آخر فإن التركة كلها تصبح ملكاً للابن بحكم القانون ساعة تحقق الوفاة. اما اذا كان قانون بلدهما مجوزاً ميراث العقب في

=الحكومي: ففيهم من يردها إلى القانون الخاص على شاكلة التكييف القانوني المتقدم، ومن يردها الى القانون العام (بمعناه الأعم الشامل للقانون الاداري)؛ولكل وجهة ودليل لا يخفيان على المشتغلين بعلوم القانون. ولست أرى الواقعة هذه الا مختلفة التكييف في بلدان الشرق الأوسط ؛فهي في بعض هذه البلدان أقرب الى القانون الخاص، وفي بعضها أقرب الى القانون العام.

(١) تكييف المثال على هذا الوجه يجعله من وقائع القانون العام ويخرجه من مظنة الخلاف المذكور في الهامش السابق .

الشاتين دون الدار فالتركة عندئذ تنقسم بحكم القانون قسمين: تغدو الشاتان ملكا لابن المتوفى؛ والدار ملكاً للخزانة العامة. ولكل من المالكين يومئذ حق جديد هو الوضع الذي أنشأه له القانون بالنسبة الى ما ملك. فترى هنا كيف ينهي القانون حقا وينشىء حقاً؛ وان لإنشاء القانون حقوقاً وانهائه اياها أوجهاً كثيرة ينبغي أن تفصل جزئيات مسائلها في مباحث علم القانون لا في مباحث علم اصول القانون.(١)

بعد أن اسعفتنا الامثلة المارة على مقدارها في فهم معنى الحق، آن لنا أن نحيط بماهية الحق بالتماس تعريف جامع له. الحق هو وضع شرعي يجعل للشخص الاختصاص بمنفعة مادية او معنوية(٢). أماالمنفعة المادية فقد رأيت شواهدها من الامثلة السالفة. وأما المنفعة المعنوية فكتلك التي للمخترع في اختراعه وللشاعر في قصيده وللمؤلف في كتابه: فكل من هذه انما

---

(١) أما كليات هذه المسائل فهي داخلة في مجال علم اصول القانون، وستجد أهمها عند الكلام في مصادر الحق (المبحث٣٧) ؛ على أننا قد تجوزنا في استعمال لفظتي الجزئيات والكليات للتعبير عن التفصيلية والاجمالية من المسائل مراعاة لفهم الناشئين من أهل هذه الصناعة.

(٢) عرفه الدكتوران عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو ستيت في كتابهما «اصول القانون» (ص٢٦٧) «بأنه مصلحة مادية او ادبيةيحميها القانون»؛ ونقلا نصاً فرنسياً للتعريف:

"Un intere d'ordre materiel ou moral protege par la loi. "

هذا التعريف -كما ترى- لا يميز بين الحق وبين متعلق الحق الذي هو احد اركانه الثلاثة، بل يجعل المنفعة (« المصلحة») هي الحق.=

هو لصاحبه لا يجوز لأحد انتحاله عليه حيثما اقر القانون حق الاختراع وحق التأليف(١).

٣٤- أركان الحق:

تلك هي ماهية الحق؛ فلنستكمل بيانها بذكر اركان الحق التي يتوقف عليها حصول ماهيته. للحق ثلاثة اركان: هي الشخص صاحب الحق، والمنفعة متعلق الحق، واقرار القانون إياه ليصبح الوضع الذي هو الحق شرعياً. فمهما وجدت هذه الاركان وجد الحق؛ ومهما فقد احدها امتنع وجوده. ولعل الذي

=(لاركان الحق انظر ما سيأتي، المبحث٣٤). وان فهم الحق على منحى هذا التعريف قد اثر في القانون المدني العراقي في المادة ٦٥ منه الناصة على ان «المال هو كل حق له قيمة مادية»؛ بيد ان الفقرة الاولى من المادة ٦٧ تعرف الحق العيني بأنه «سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين»، والفقرة الاولى من المادة ٦٩ تعرف الحق الشخصي بأنه «رابطة قانونية ما بين شخصين...»؛ وعلى هذا النحو جعل الحق ذو القيمة مالا على وجه العموم ثم جعل على وجه الخصوص سلطة حينا ورابطة حينا. ومن ينقد الفصل الثالث من الباب التمهيدي من القانون المدني يجد الاضطراب في ثناياه ظاهراً في استعمال الحق والمال. وابعد من ذلك عن التدقيق العلمي عدم التمييز بين الحق وبين الواجب؛ ففي الكتاب المشار اليه آنفاً (ص ٢٦٨) أن «كل حق يقابله واجب، والواجب هو ذات الحق منظوراً اليه من ناحية من عليه الحق، فحق الدائن بمبلغ من المال هو واجب المدين (دفع المبلغ)». وعرفه الدكتوران سليمان مرقس وشفيق شحاته بأنه «سلطة تخول الشخص القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة يعترف بها القانون». هذا التعريف يميز بين الحق وركنه الثالث، لكنه لا يميز بين الحق الذي هو وضع شرعي وبين بعض ما ينبني عليه من فعلي الإختصاص بالمنفعة او اقامة الدعوى لحمايتها. انظر لنص التعريف: الدكتور سليمان مرقس، «شرح القانون المدني»، ج١ ص ٤٣٦؛ ولمناقشة التعريف السابق ج ١ الصفحات ٤٣٣-٤٣٥.

(١) وفي «القانون المدني» العراقي انظر للمنفعة (الاموال) المعنوية المادة ٧٠.

قدمناه من قبل يغني عن مزيد من القول في توضيح امتناع نشوء الحق مالم يكن هنالك شخص ومنفعة. اما ثالث الاركان فتوقف نشأة الحق عليه يتضح بالتمييز بين نوعين من الحيازة احدهما شرعي والآخر غير شرعي. يذهب محمد الى الساعاتي فيختار ساعة يشتريها ويدفع ثمنها خمسة دنانير؛ عندئذ ينشأ لمحمد حق متعلق بالساعة التي حازها بطريق عقد معاوضة يقره القانون فيقر اختصاص محمد بالساعة، أي يقر الوضع الناشيء له بالنسبة الى هذا المال. ثم يقصد محمد الجامعة فيمتطي حافلة مزدحمة، ومن حيث لاينتبه يسرق نشال ساعته هذه فيمضي مستأثراً بها لنفسه؛[١] حيازة الساعة الآن للسارق في واقع الحال؛ فهو بذلك في وضع المختصّ بها، لكن الوضع غير شرعي لانبنائه على فعل السرقة المحرم قانوناً. فالنشال لم يصبح ذا حق بمجرد الحيازة، لانعدام الاقرار القانوني؛ ومحمد لم يفقدَ حقه القانوني لمجرد خروج المال من حوزته على هذا النحو. فالوضع الحاصل لشخص بالاضافة الى منفعة ليس يصبح حقاً مالم يتوفر الركن الثالث وهو اقرار القانون اياه. وليتذكر ههنا ما مرّ في تعريف الحق من وصف الوضع بكونه شرعياً، وما سبق أن ذكرناه من كون القانون سبباً للحق في اصل وجوده - فان الركن الذي لايوجد الشيء الا به

---

(١) استعملنا السرقة هنا في ما يعم النشل وغيره من اصنافها؛ اما التمييز التفصيلي بين السرقة والنشل فمكانه الفقه الجنائي.

و لازما بعيداً بينه وبينهما العلاقة التي وصفناها. فالحق متى نشأ لازمه الواجب بالضرورة؛ وكأني بهما كالابوة والبنوة في شدة التلازم: اذا ذكر احدهما لازمه الآخر في الفهم، واذا وجد احدهما وجد الآخر في الواقع خارج الذهن.انظر الى ماهية الحق في تعريفه المنهجي المتقدم(١):أليس هو وضعاً شرعياً يجعل لشخص الاختصاص بمنفعة؟ ثم انظر كيف يتسنى للشخص اختصاص شرعي بالمنفعة ما لم يكن الامتناع عن هذه المنفعة ذاتها واجباً شرعياً على سائر الأشخاص. العامل الذي قلنا اختص بمنفعة الدنانير الثلاثين ليس من شأنه أن يتم له هذا الاختصاص لو كان القانون مجوزاً لأحد غيره اقتطاع دينار او اكثر من تلكم الدنانير. وقل مثل ذلك في كل حق، فانه متى نشأ فان الواجب ناشىء معه لا محالة؛ ومن ههنا أصبح الواجب للحق لازماً قريباً.

ثم إن للحق لازماً آخر هو الضرر. الضررخلل يصيب الوضع الشرعي الذي هو الحق فيختل به على نحو من الأنحاء. لكن الضرر ليس بلازم دائم للحق؛ بل هو لازم منفك يصحبه حيناً وينفك عنه أحياناً. ذلك لان الضرر لا يوجد عند وجود الحق نفسه، بل عند اخلال مكلف بواجبه الناشىء مع نشأة الحق. فالعامل المار ذكره قد كان في وضع معين بالاضافة الى دنانيره الثلاثين والى الناس أجمعين؛ وكان كل من سواه من الناس في وضع شرعي معين بالنسبة اليه والى ماله هو واجب امتناعهم عن انتزاع ذلك المال. فاذا أخل أحدهم بواجبه فسرق المال استتبع

---

(١) في المبسط الأخير من المبحث ٣٣.

الاخلال بالواجب خللا في وضع صاحب المال بالنسبة الى المال الذي حيل على هذا الوجه بين صاحبه وبين اختصاصه به دون من سواه من الناس. يتضح من ذلك أن الضرر انما يلازم الحق اذا حدث اخلال بلازمه القريب وهو الواجب، وانه ينفك عنه طالما بقي الواجب مؤدى غير مخل به. ومن ههنا القول بان الضرر للحق لازم بعيد منفك،إذ أنه لا يأتيه إلا من جانب الواجب حينما يترك.

ولما كان الحق وضعاً شرعياً فان الخلل اللاحق به يضر بصاحب هذا الوضع، سواء كانت أو لم تكن المنفعة التي حيل بينه وبينها مالا عينا متقوماًأصابه أو لم يصبه تلف بعد اختلال الوضع الشرعي.ولذلك جرى رجال القانون على نسبة الضرر الى صاحب الحق؛ فاذا كان شخصاً حقيقياً- مثلاً- قيل: فلان مضرور أو أصابه ضرر. وان للتعارف على نسبة الضرر الى صاحب الحق علة اخرى أدق مما ذكرنا .فان الموضوع الكليّ لعلم القانون- على مابيناه في مبحث سابق-هو عمل المكلف؛ وان موضوع كل مسألة من مسائله لابد أن يكون جزئياً من جزئيات هذا الكليّ او راجعاً اليه على وجه من الوجوه.[1] وان ذلك لكذلك سواء الفت او لم تؤلف الجمل اللغوية المعبر بها عن معاني المسائل على نحو يقع فيه اللفظ الدال على الجزئي موقع المسند اليه في سياق التركيب الكلامي؛ اذ العبرة ههنا بالحقائق العلمية في نطاق علم القانون لا بالرموز والأشكال اللغوية والنحوية

(١) فصلت هذه المسائل في الفصل الأول، المبحث الثاني.

لصياغة الجمل- وإن كانت هذه في اغلب الاحيان تساوق المعاني المتقومة بهذه الحقائق. فاذا تبصرنا في ما نحن فيه تبين لنا أن اصحاب علم القانون اذ يتكلمون في الحق والواجب انما يتكلمون في أعمال شخصين مكلفين متعينين بالجنس لا بالذات، هما صاحب الحق ومتحمل الواجب. أو لا ترى في قولنا «الحق وضع شرعي يختص فيه شخص بمنفعة »أن الموضوع المقصود بالبيان في واقع الأمر سيكون عمل الاختصاص من شخص مكلف مهما جعلنا كلامنا هذا من مسائل علم القانون؛ وفي قولنا«الواجب وضع شرعي يمتنع فيه شخص عن الاخلال بوضع صاحب الحق» أن الموضوع سيكون عندئذ عمل الامتناع الدائم المكلف به شخص آخر. هذا ، مع أن المسند اليه لغوياً في الجملتين انما هو «الحق» في الاولى و «الواجب» في الاخرى، دون عملي الاختصاص والامتناع المقصودين بالبيان أصالة.ثم ألا ترى أننا في مباحث الحق في اصول القانون لو قطعنا النظر عن عمل الاختصاص والشخص الذي ينهض بالعمل،والغيناهما إلغاء لنطلب الحق دون ان يكون هنالك اختصاص ومختص، أليس يستعصي عند ذلك نشأة الحق وينتفي وجود فكرة الحق القانوني أصلاً وتفريعاً؟ لكننا لو صرفنا النظر عن فهم ماهية الحق على أنها وضع شرعي، واكتفينا في هذا الباب بحدّ ادنى من العلم فزعمنا - كما زعم غيرنا من قبل[1]- أن الحق انما هو المنفعة نفسها التي يحميها

---

(١) راجع ما مرّ، المبسط الأخير من المبحث ٣٣ والهامش الموصول به.

القانون لشخص، فان ذلك لن يفضي الى شيء من انعدام فكرة الحق او استحالة نشأته. فاذا تبينت ما قدمناه اوعبت السرّ في ما ذكرنا من نسبة الضرر الى صاحب الحق المضرور.

لنعد بعد الذي استوضحناه الى شدة التلازم بين الحق والواجب فنتبين بعض اثارها في مصطلحات الفقهاء والاصوليين. فلقد برّر التلازم الوثيق استعمال الأول من المتلازمين للدلالة على معنى الثاني، فنسب الحق الى متحمل الواجب كما نسب الى صاحب الحق. نقول: «من له الحق» و«من عليه الحق»، والمراد انما هو من عليه الواجب الناشيء مع الحق[١]. ثم انظر كيف استعمل مصدر الوجوب للدلالة على الحق وعلى الواجب: عرفت الذمة المالية بانها « وصف شرعي اعتباري يصير به الانسان اهلاً للوجوب له والوجوب عليه»، وليس ما يجب له غير حقوقه، فالمراد انما هو ما يصير به الانسان صاحب حقوق و واجبات ماليتين[٢].

وللواجب - كما للحق- لازم قريب هو المسؤولية. فالواجب اذا اخل به استلزم مسؤولية متحمل الواجب المخل به قطعاً. لكن استلزامه المسؤولية عند عدم الاخلال امر قابل

---

(١) انظر للدكتورين عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو ستيت «اصول القانون»ص ٣٣٦.

(٢) راجع: الاستاذ علي الخفيف، «مختصر أحكام المعاملات الشرعية»، ص ١٠٢؛ والدكتور سليمان مرقس، «شرح القانون المدني»،ج ١ ص ٦٢٠.

لاختلاف الرأي على حسب ما يذهب اليه المرء من اعتبار المسؤولية لازماً دائماً او لازماً منفكاً. فاذا ذهبنا الى كونها لازماً منفكاً لزمنا القول بأن سبب نشأة المسؤولية انما هو فعل الاخلال بالواجب لا الواجب نفسه، فمتى وقع الفعل نشأت المسؤولية ومتى مالم يقع لم تنشأ. الذاهب الى هذا الرأي يجعل المسؤولية منحصرة في مجال مخالفة القانون واحداث الضرر، ولا يجد مجالاً لتصورها عند انعدامهما. واذا ذهبنا الى كونها لازماً دائماً اقتضى ذلك اعتبار الواجب نفسه، في حالي السلامة والاختلال، سبباً لنشأة المسؤولية؛ فيقال إذاك بأن الواجب يستتبع مسؤولية متحمله عن الحفاظ على الوضع القانوني الذي نسميه واجباً وعن الاخلال بهذا الوضع[١]؛ وبأن الذي يحدث من تغير انما هو في وجه المسؤولية على مقتضى الحالين لافي المسؤولية ذاتها وجوداً وعدماً؛ فالمسؤولية قائمة مع الواجب حين يسلم وحين يختَل.

وتتنوع المسؤولية ثلاثة انواع: فهي اما مدنية محض، او جنائية محض، او مركبة منهما. وتحت كل نوع تندرج اصناف مختلفة من المسؤولية؛ لكن تفصيل هذه الاصناف أليق بمباحث الفقه منه بمباحث فلسفة القانون واصوله.[٢]

---

(١) ما اصلناه هنا يشبهه بعض الشبه ماذكره الدكتور سليمان مرقس في امر الواجب المفروض على الكافة والواجبات الاصلية والجزائية في كتابه «شرح القانون المدني »ج١ الصفحات ٤٣٦ - ٤٤٢.

(٢) فاذا شئت أن تقرأ في كتب الاصول فراجع: الدكتورين عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت، «اصول القانون»، ص ٣٨٨ وتواليها؛=

أشرنا في المباسط المتقدمة من هذا المبحث الى جملة من خصائص الضرر والمسؤولية اذا تأملها الباحث انكشفت له اوجه العلاقة بينهما؛ ولعل المزيد من التوضيح ان يتأتى من فائدة التصريح بعد التلميح. علمنا ان الضرر لصيق بالوضع الشرعي المسمى حقاً؛ وان المسؤولية لصيق بالوضع الشرعي المسمى واجباً؛ وان الضرر إنما يأتي الحق من جانب الواجب حين يخّل به؛ وان الاخلال بالواجب منشيء للمسؤولية قطعاً. ونعلم الآن من جمع هذه المعلومات ان بين الضرر والمسؤولية علاقة عموم وخصوص في التلازم الزماني: فمهما اوجد الضررُ وجدت المسؤولية؛ ولا عكس.اما ان المسؤولية قد توجد حين لايوجد ضرر فشواهد صدقه عديدة، منها مسؤولية الحفاظ على الواجب وفق ثاني المذهبين اللذين اسلفناهما في اعتبار المسؤولية لازماً دائماً او منفكاً، ومنها الشروع بالسرقة دون ان يتحقق فعل السرقة والشروع بالقتل دون ان يحصل القتل.[١] واذا شئت فقل: كل ضرر يصيب الحق فهو متأد من الاخلال بالواجب؛ وليس كل اخلال بالواجب مؤدياً الى ضرر يصيب الحق. ثم ابتعد بذهنك عن ان ينأى بكلمة الضرر عن مفهومها الاصطلاحي الذي فصلناه، والا التبس عليك المعنى بما استعملت فيه اللفظة من معاني اخرى

=والدكتور حسن كيره، «المدخل الى القانون»، الصفحات ٦١٩، ٦٢٠، ٧١٢ وتواليها.

(١) بيد انه يصح القول بان ما يقع هنا انما هو فعل الشروع بالسرقة او القتل وان مضار الشروع تحدث مع حدوث الفعل.

(كانتهاء الحق بتلف المال عند صاحبه او نقصان عروض تجارية بمقتضى الطبيعة او خسارة الارباح بالمضاربة) فضاع علينا وعليك ما قصدنا اليه من شرح نظرية الحق.

ولعل الافاضة من لوازم الحق ان تكون بالتنبيه على صنف من الواجب متى اقترن بحقٍ ما صاحبه مصاحبة دائمة توهم انه هو اللازم لذلك الحق، وليس هو في حقيقة الامر الا لازمًا لحق آخر غيره. فليعلم ان هنالك فرقاً بين التلازم والاقتران؛ ثم لنلجأ الى مثال نستعين به في استيضاح دقائق التمييز بينهما. محمد يملك جهاز الراديو في منزله، فهو في وضع شرعي بالاضافة الى الجهاز يجعل له سلطان استعماله بأن يفتحه ويستمع الى ما يشاء من احاديث واغان مبثوثة؛ هذا حق هو صاحبه. وان عليه واجباً مفضياً الى نقصان سلطانه ذاك هو الوضع الشرعي الذي يفرض عليه الامتناع عن استعمال الجهاز على نحو ينغص به عيش جاره الملاصق ويحول بينه وبين هدوء البال في مسكنه. فههنا حق و واجب صاحبهما شخص حقيقي واحد؛ وهما مقترنان اقتراناً دائماً مالم يقع منزل محمد في فضاء او فلاة من الارض لايجاوره فيها احد ابداً. لكن التلازم الاصطلاحي مفقود بين هذا هذا الواجب وهذا الحق. بل ان لازم حق محمد انما هو الواجب الذي يتحمله جاره وسائر الناس في عدم الحيلولة بينه وبين الاختصاص بجهازه؛ وان ملزوم الواجب الذي تحمله محمد انما هو حق جاره في الراحة وهناءة البال في مسكنه. وجب على محمد الاّ

يتعسف في استعمال حقه المتعلق بجهاز الراديو، لان التعسف في استعمال هذا الحق يخل بحق جاره المتعلق بمنفعة الراحة وهناءة البال في مستقره. ولما كان ما على محمد هنا هو عدم تعسف الاستعمال في ما له، وكان عدم التعسف في استعمال الحق صنفاً من اصناف الواجب، تم الاقتران بين الواجب والحق المبحوث فيهما وان لم يكونا متلازمين. اما معيار التفرقة بين الواجب اللازم والواجب المقترن فالذي يظهر لي انه متعلق الواجب: فمتعلق الواجب اللازم هو عين متعلق الحق الذي هو يلازمه، ومتعلق الواجب المقترن هو غير متعلق الحق الذي يقترن هو به مثل ذلك الاقتران.

٣٦- توطئة لبحث مصادر الحق:

المنهج الذي سننتهجه في تقسيم مصادر الحق ليس مما يسهُل استيعابه الا على المتخصصين المتضلعين من مباحث الحق؛ فاقتضى تيسيره لغيرهم التوطئة والتمهيد بثلاثة مسائل لابد ان تتقدم. اولى هذه المسائل مزيد من التحقيق في ما مرّ ذكره من كون اعمال المكلفين هو الموضوع الكلي لعلم القانون.[١] هذه الاعمال هي التي يتعلق بها خطاب الشارع - اي الحكم القانوني. فهل المراد اصطلاحاً «بعمل المكلف» ما يتبادر الى الذهن لغة من عمل يعمله المكلف فيكون هو فاعله، ام المعنى الاصطلاحي يغاير

---

(١) راجع المبحث ٣٥، صدر المبسط الرابع والهامش الموصول به.

هذا المعنى اللغوي؟ الواقع ان المعنيين متغايران. فان اضافة العمل الى المكلف في الاصطلاح القانوني ليست من قبيل نسبة الفعل الى من احدث الفعل؛ بل هي من قبيل نسبته الى من يقوم به الفعل او يتعلق به على نحو من الانحاء، سواء كان او لم يكن هو ذاته محدث الفعل وفاعله. انظر الى ميلاد المكلف والى جنونه الطاريء عليه؛ فانهما من الاعمال التي تتعلق بها احكام قانونية؛ وانهما انما اصبحا من اعماله على اعتبار اتصافه بهما وقيامهما به، لا لكونهما عملين قام هو باحداثهما. يتضح من هذا ان بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي علاقة عموم وخصوص: فعمل المكلف اصطلاحاً اعم من عمل المكلف لغة.

وثانية المسائل الممهدة تذكرة بما يفصّله كتب اصول القانون[١] من ارتباط الحكم القانوني بالواقعة القانونية، فزيادة تدقيق في اوجه التفرقة والاقتران بين الواقعة القانونية وبين عمل المكلف. ان الواقعة القانونية ليست هي وعمل المكلف مترادفين في المعنى ليكون مدلول احدهما عين مدلول الآخر؛ وان الصلة بينهما آتية من كون العمل داخلاً في المقومات التي تتقوم بها الواقعة. فان الواقعة القانونية تتألف من جملة مقومات منها الاشياء والاعمال والاوصاف والاحوال، ومنها الزمان احياناً. خذ واقعة البيع مثلاً: انها غير متألفة من ايجاب البائع وحده ولا من

(١) وقد فصلناه في الفصل الثاني (المبحث ١١ المبسط الخامس)، والفصل الرابع (المبحث ٢٤ المبسط الثاني).

قبول المشتري وحده ولا من الايجاب والقبول معاً وحدهما؛ بل هي متألفة من هذين العملين ومن اقتران العملين ومن المبيع والثمن؛ فجملة هذه المقومات هي التي تقومت بها واقعة البيع - ولكل واقعة مقوماتها. بيد ان عناية القانون بعمل المكلف، وهو أحد هذه المقومات، أشد منها بالمقومات الاخرى؛ إذ لو لم يوجد المكلفون واعمالهم لما وجد القانون على وجه الأرض؛ ومن ههنا كان الحكم القانوني الذي هو خطاب الشارع موجهاً الى المكلفين ومتعلقاً باعمالهم. هذا، على أن العناية بعمل المكلف لا ينقص مما للمقومات الاخرى من تأثير في ارتباط الحكم بالواقعة التي هي مناطه: فقد يؤدي التغير في هذه المقومات الى تغير الحكم المرتبط بالواقعة، أو الى تغيرالواقعة نفسها المفضي بالضرورة الى تغير الحكم.(١) ثم لينتبه الى حقيقة تستخلص مما قدمناه من معلومات: فاذا كانت الواقعة القانونية مناطاً للحكم القانوني، وكان الحكم القانوني الذي هو المنشىء للحق قابلاً للتغير بتغيرات مناطه، فان الواقعة القانونية لابد أن تكون أمراً ذا بال بالنسبة الى الحق. وانها لكذلك على ما سترى في المبحث القادم.

لنأت الى الثالثة والاخيرة من هذه الممهدات. تلك هي أن الفقه الفرنسي بقي حتى يومنا هذا قاصراً عن وضع نظرية شاملة للواقعة القانونية؛ وأن قصارى شأنه في هذا الباب هو

---

(١) والى التغير في مقومات الواقعة و اوجه تأثيرها ترجع - في حقيقة الأمر- القاعدة الكلية المقتبسة من القانون الاسلامي في المادة ٥ من القانون المدني العراقي: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الازمان».

التمييز في مجال الحقوق المدنية بين ما أسموه «الواقعة القانونية» و«التصرف القانوني» - أي ان الفقهاء الفرنسيين قسموا الواقعة القانونية بالمعنى الاصطلاحي الشامل الذي حددناه نحن لهذا المصطلح الى قسمين سموا أحدهما واقعة قانونية (بالمعنى القاصر الذي حددوه هم لمصطلحهم) والآخر تصرفاً قانونياً. وقد أفصح الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وهو أحد أنصار المدرسة الفرنسية ومن تلامذتها، عن تخلف الفقه الفرنسي في هذا المجال بما يغني نقله عن مزيد من الاطناب:-

«...فهذا الفقه لم يوفق حتى اليوم الى وضع نظرية شاملة للتصرف القانوني والواقعة القانونية... » «وكان الفقه الفرنسي المدرسي ينحو نحو پوتيه (Pothier) في تقسيم مصادر الالتزام الى خمسة:

العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون...» [ويمضي السنهوري في ذكر معايب هذا التقسيم.]

«ثم جاء الفقه الفرنسي الحديث، فهدم التقسيم المدرسي لمصادر الالتزام، وأحل محله تقسيماً خماسياً آخر، اذ جعل مصادر الالتزام خمسة: العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون. وهذا التقسيم الحديث ينطوي هو ايضاً على

عيبين جوهريين:

«١- العيب الاول انه يحجب وحدة التصرف القانوني، اذ يفرق بين العقد والارادة المنفردة في مصادر الالتزام، ثم ينكر على العقد ان يكون بذاته سبباً لنقل الملكية فيقصره على ان ينشيء التزاماً بنقلها، وبذلك لايعدو العقد ان يكون مصدراً للالتزام.

«٢- والعيب الثاني انه يحجب وحدة الواقعة القانونية [الواقعة القانونية بمعناها الاصطلاحي الفرنسي كما سلف بيانه]، فالوقائع القانونية منتثرة بين مصادر الالتزام ومصادر الحق العيني على تبويب من شأنه ان يمزق هذه الوحدة. فمن يستعرض في مصادر الالتزام العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون بما يجثم وراءه من وقائع قانونية مختلفة، ثم يستعرض في مصادر الحق العيني الاستيلاء والميراث والشفعة والحيازة، لايستطيع ان يدرك ان هذه المصادر جميعاً انما هي مصدر واحد مرده القانون». (١)

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، «مصادر الحق في الفقه الاسلامي»، ج١ الصفحات ٦٦- ٦٩.

ولما كانت الحال في الفقه الفرنسي ما رأيت، وكان الاصوليون المعاصرون في بلدان المشرق العربي قلما ينحون غير منحى الفقه الفرنسي في هذا المجال، آثرنا في تأصيل قواعد الحق ومصادره أن نهتدي بهدي البحوث المنهجية في اصول القانون الاسلامي. على أن المسلك الذي سلكناه قد اريد به تحقيق مقصدين: أولهما استحداث ترابط منهجي بين القواعد التي منها تتألف نظرية الحق. وثانيهما تيسير التطبيق عند الانتقال من مباحث نظرية الحق الى المسائل الفقهية في أيّ من المجموعات الفقهية الكبرى الثلاث، الفقه الاسلامي والفقه السكسوني والفقه اللاتيني (على الرغم من اختلاف التبويب الفقهي في هذه المجموعات)، أو إلى القوانين العراقية النافذة أو غيرها من القانون الوضعي في دول اخرى - على اختلاف النظم الاقتصادية السائدة فيها[1]. وقد اقتضى المقصد الأخير تحاشي الخوض في مباحث تكميلية قد تلائم واحدة دون الاخريات من تلكم القوانين.

٣٧- مصادر الحق:

علمنا أن الذي ينشىء الحق هو القانون؛ وأن القانون يتألف من أحكام؛ فالاحكام القانونية هي المنشئة للحقوق. لكن هذه المعرفة المجملة لا تسعفنا وحدها بما يعوزنا في ميدان الفقه والاصول من قواعد مفصلة. فلابد إذن من التساؤل عن

(١) لم يسبق للمؤلف اطلاع على قوانين دولة اليابان الرأسمالية ولا على قوانين دولة الصين الشيوعية.

الحكم كيف ينشىء الحق، وعن الأسباب المتخذة في الانشاء أيّ شيء هي في حدّ ذاتها. جامعة هذه الاسباب هي الواقعة القانونية. فالحكم ينشىء الحق من خلال الواقعة. والواقعة تتنوع أنواعاً، فيصبح كل نوع سبباً مستقلاً لنشأة حقوق معينة من احكام قانونية معينة. فالاحكام القانونية التي تجوز التبايع وتنظمه تنشىء للمشتري حق الملك أو حق التملك المتعلق بالمبيع بسبب الواقعة القانونية التي هي عقد البيع- وقد عرفنامن قبل مقومات البيع من حيث هو واقعة قانونية.[١] ورجل يملك أرضاً على شاطىء نهر فيفيض النهر على الارض بطمي كثير، فالحكم القانوني ينشئ للرجل حق ملك متعلق بالطمي بسبب هذه الواقعة القانونية التي قوامها كل من رسوب الطمي على الأرض وكون الرجل هو المالك للأرض- و وصف المالكية انما هو عمل من أعمال المكلفين على ما تقدم بيانه.[٢] فاذا أوعبت ذلك فاعلم أن الاصوليين- على اختلاف مسالكهم في التقسيم- يسمون الواسطة بين الحكم والحق سبباً حينا ومصدرا حينا؛[٣] وما دام المسمى قد عرف فلا مشاحة في الاصطلاح. لكنا سنوثر من الاسمين ثانيهما، لأنه أكثر شيوعاً وأدعى الى انسجام المصطلحات الاصولية: فيكون لنا حينئذ مصادر الحق في مباحث الحق ومصادر القانون في مباحث القانون.

---

(١) في المبحث ٣٦، المبسط الثاني.

(٢) انظر ما مرّ: المبحث ٣٦، و«القانون المدني» العراقي، المادة ١١١٣.

(٣) راجع الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، «نظرية الحق»، ص٢٥٥.

ثم إن الواقعة القانونية تنحل الى اربعة اقسام هي أنواع الوقائع: فالواقعة لا تخلو إما أن تكون فعلية مستطاعة، او فعلية مستعصية، او مادية مستطاعة، او مادية مستعصية. وسرّ القسمة كامن في أوجه الصلة بين احد مقومات الواقعة، وهو عمل المكلف وفعله، وبين المقومات الاخرى التي نخصها بوصف المادية تمييزاً بينهما واختصاراً في التعبير عن المرام. تفصيل ذلك أن المقوم الفعلي والمقوم المادي ليسا بمتساويي الخطورة في تكوين الواقعة القانونية، بل هما متفاوتان متغايران في ذلك، يكون أحدهما هو الأخطر في واقعة والآخر هو الأخطر في واقعة اخرى؛ وأن المقوم الأخطر، ماديا كان او فعليا، إما أن يكون مستطاعاً للأشخاص يقدرون على الاتيان به عادة أو مستعصياً عليهم دائماً في مجرى العادة. فالواقعة القانونية اذا غلب فيها مقوم فعلي مستطاع فهي واقعة فعلية مستطاعة، أو مقوم فعلي مستعص فهي واقعة فعلية مستعصية؛ و اذا غلب فيها مقوم ماديّ مستطاع او مستعص فهي واقعة مادية اما مستطاعة او مستعصية. هذه هي الانواع الأربعة للواقعة القانونية؛ ولنا المزيد من التوضيح في شواهدها التطبيقية.

خذ للنوع الأول عقد البيع مثلاً. فهو واقعة قانونية أخطر مقوماتها الايجاب و القبول. وهما من افعال الشخصين المتعاقدين و مستطاعان للأشخاص عادة؛ فالواقعة -اذن- فعلية مستطاعة.

واتخذ للنوع الثاني استكمال الشخص الحقيقي تمام أهليّته القانونية.[١] فذلك واقعة قانونية هي مصدر حق الشخص في أن يبرم هو عقود المعاوضات المالية مثلاً. و مقومات الواقعة هي الشخص الحقيقي ومضيّ زمان معين منذ ولادته و فعلا الرشد (أي سلامة العقل) و بلوغ السن اللذين يتصف بهما الشخص فيقومان به. أما أخطر هذه المقومات فهو فعلا الرشد و البلوغ؛ وليس أيّ منهما فعلاً مستطاعاً يقدر الاشخاص على إحداثه و الاتيان به، فانهم انما يتصفون به مسيّرين لا مخيّرين؛ فالواقعة -اذن- فعلية مستعصية.

وللنوع الثالث انظر في شيوع حصص الشركاء في عقار مشاع. فهذه واقعة قانونية مقوماتها شخصان فاكثر و عقار و كونهما مالكين للعقار وكون كل أصغر جزء من العقار مشاعا بينهما؛ و هي مصدر حق كل من الشريكين في ازالة الشيوع بطريق القسمة او البيع.[٢] و ان أخطرهذه المقومات هوالمقوم المادي المتمثل في كون العقار مشاعاً في أصغر جزء منه. وليست كينونة العقار مشاعاً على هذا النحو بأمر مستعص على الاشخاص احداثه بادئاً في مجري العادة؛ بل هو مستطاع لكل شريكين

(١) راجع «القانون المدني» العراقي، المادتين ٤٦، ١٠٦؛ وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة.

(٢) راجع «القانون المدني العراقي، المواد: ١٠٦١(ف١)، ١٠٧٠، ١٠٧١(ف١)، ١٠٧٢ (ف١-٣)، ١٠٧٣ (ف١).

يريدان شراء عقار و جعله مشاعاً بينهما. فالشيوع واقعة مادية مستطاعة.

بقي النوع الأخير؛ و ان من شواهده نضج الثمر ونتاج المواشي؛ فلنشرح كل شاهد على حدة. إن من القوانين ما ينهى عن بيع الثمر الفج، فلا يحق لمالكه بيعه لعدم صلاحه لأن يكون محلاً لعقد البيع حتى ينضج.[١] فنضج الثمرة في هذه الحال يصبح مقوماً خطيراً في واقعة قانونية هي مصدر حق المالك في أن يبيع تلك الثمرة؛ و الواقعة مؤلفة- كما ترى- من الشخص وكونه مالكاً و من الثمرة و ظاهرة النضج فيها. ثم ان ظاهرة النضج هي أخطر مقومات هذه الواقعة ما دام الحكم القانوني الناهي عن بيع الثمر الفج نافذاً، وليست هي الا أمراً مادياً مستعصياً على الاشخاص خارجاً عن نطاق مقدوراتهم.[٢] فالواقعة هنا انما هي مادية مستعصية. وكذلك الشأن في نتاج الماشية. فنتاج اللبن من البقرة الحلوب واقعة قانونية هي مصدر حق مالك البقرة المتعلق بمال هو اللبن الحليب.و أنت تعلم أن أخطر المقومات هنا هو النتاج؛ و أن نتاج حليب البقر أمر مستعص على الاشخاص؛ فالواقعة انما هي مادية مستعصية.

---

(١) ذلك حكم الثمار في المذهب المالكي حتى يبدو صلاحها؛ راجع الامام مالك بن أنس، «الموطأ» (رواية الامام محمد بن الحسن الشيباني)، ص٢٦٨.

(٢) نعم، يتسنى التسريع بالنضج وتكثيرُ الحليب كذلك بوسائل كيمياوية أو فيزياوية، لكن ظاهرتي النضج و النتاج ستبقيان من الظواهر الطبيعية- كما لا يخفى.

ثم لنتذكر ههنا ما سبق من التمييز بين الواقعة القانونية و الواقعة المرسلة؛ [١] و لنلاحظ أن الوقائع المرسلة قد تتألف من ظواهر طبيعية من شأنها أن تدخل في مقومات الواقعة القانونية بانقلاب الواقعة المتألفة من مرسلة الى قانونية.

وتنقسم الواقعة الفعلية المستطاعة الى ثلاثة أصناف على حسب اقتران او عدم اقتران مقومها الفعلي بقصد معيّن. فالفعل إما أن يقترن إحداثه بالقصد الى تحقيق غاية أو لا يقترن إحداثه بقصد ذلك. فاذا كان عنصر الفعل في الواقعة غفلاً من القصد فالواقعة مجردة؛ و اذا كان مقروناً بالقصد فالواقعة متعمَّدة. و الواقعة المتعمدة لا تخلو إما أن تكون الغاية المقصودة منها هي الأثر نفسه الذي يرتبه القانون على الواقعة، اوغير هذا الأثر: الاولى هي الواقعة الغائيّة، و الاخرى هي الواقعة المبتورة. فتحصّل عندنا للواقعة الفعلية المستطاعة أصناف ثلاثة هي الواقعة المجردة و الواقعة الغائيّة و الواقعة المبتورة. لكن الواقعة المجردة لا تصبح مصدراً للحق ما لم تتحول الى واقعة مطورة او واقعة مركبة على النحو المبين في تقسيم ثلاثي آخر للواقعة الفعلية المستطاعة سيأتي بيانه.

أما شواهد الأصناف الثلاثة فنستغني عن الاطناب فيها بذكر أمثلة موجزة من تلكم الأفعال المؤدية لاختلاف

---

(١) في الفصلين الثاني (المبحث ١١) والرابع (المبحث ٢٤).

خصائصها الى تعدد أصناف الواقعة الفعلية المستطاعة. فان من الأفعال المجردة الفعل الضار غير المتعمد؛ و تلحق به جناية العجماء فانها جبار، و جامعهما التجرد عن القصد.[١] وان من الأفعال الغائية الايجاب و القبول في واقعة البيع، و الغاية المقصودة للمتعاقدين هي الأثر نفسه الذي يرتبه القانون على عقد البيع. أما الفعل المبتور فكالسرقة يحدثها السارق، و الغاية المقصودة هي غير الأثر الذي يرتبه القانون على واقعة السرقة: فهو يبغي الاستيثار بالمال المسروق؛ و القانون يوجب معاقبته ورد المال عينا او مثلاً او قيمة على اختلاف الاحوال؛ و واقعة السرقة مبتورة كل الانبتار عن التوافق بين غايتها المتوخاة و آثارها القانونية.

ثم إن الواقعة الفعلية المستطاعة تنقسم تارة اخرى ثلاثة أقسام تستوعب جملتها الأقسام الثلاثة السابقة؛ و القسمة هنا مبنية على خصائص للفعل المستطاع غير ما سبق من كونه مقترناً بالقصد أو مجرداً عنه. فإن من أوضاع الواقعة الفعلية المستطاعة أن تكون مُحكمة او مُطوَّرة او مُركَّبة؛ ذلك لأنها على حسب التغاير في خصائص مقومها الفعلي لا تخلو عن ثلاثة أحوال:-

---

(١) لأحكام جناية العجماء راجع «القانون المدني» العراقي، المواد ٢٢١-٢٢٦ . و انظر الى الواقعة المطورة التي سيأتي بيانها قريباً في الحال الثانية من التقسيم الثلاثي التالي للواقعة الفعلية المستطاعة.

الاولى: عدم تطرق الشك الى كون مقوم الواقعة الفعلي هو الغالب و الأخطر؛ كما هو الشأن في البيع بالنسبة للواقعة الغائيّة، و الغصب بالنسبة للواقعة المبتورة. هذه هي الواقعة المحكمة؛ و ما نخال وجه تسميتها خافياً.

الثانية: تطرق الشك الى وصف الغلبة في المقوم الفعلي، سواء كان هذا مقارناً او مفارقاً للقصد، لوجود مقوم آخر- فعلي او مادي- يغالبه في الخطورة. فلأجل التوصل الى تعيين الحكم القانوني المترتب عليها، لابد من تأويل الواقعة و تطويرها على نحو يغلّب به احد المقومين المتزاحمين؛ وقد يؤدي التطوير الى إجراء الواقعة مجرى وقائع من غير القسم الذي اندرجت هي تحته بسبب المقوم المشكوك في أمره. فواقعة القتل الخطأ- مثلاً- إنما تبدو واقعة مجردة لانتفاء القصد؛ والمقوم الذي يبدو غالباً هو فعل القتل خطأ- على ما لا يخفى. لكن مقوماً آخر يغالبه هنا و هو القتل معزولاً عن وصف الخطأ، إذ أن المقتول انما ازهقت نفسه بفعل القتل وحده دون أن يكون لوصف الخطأ أيّ أثر في الازهاق. فاذا غلّبنا المقوم الموصوف أصبحت الواقعة مجردة، فكان الاحرى بها عدم تسببها في نشأة حق التعويض لورثة المقتول (أو للمقتول نفسه- على خلاف فقهي ليس هذا بموضع تفصيله). و اذا غلّبنا المقوم المعزول، و هو مقترب بعزل الوصف من القتل عمداً، اقتربت واقعة القتل الخطأ من الواقعة المبتورة، فكان الاحرى بها التسبب في نشأة حق التعويض. و ان

ما ذكرنا في الحق المالي الخاص المتعلق بالضمان و التعويض ينساق جملة الى الحق الجنائي العام المتعلق بمعاقبة الجاني.

ولما كانت الواقعة جسيمة لاشتمالها على ازهاق نفس محرمة آثر المشرع وضع أحكامهاعلى وجه الخصوص، ولم يدع ذلك للقواعد الفقهية و الاصولية- هذه التي يجد فيها القاضي و الفقيه متسعاً للرأي و الاجتهاد.[١] و من يتتبع أحكام التعويض و العقاب الجنائي المتعلقة بواقعة القتل الخطأ يجد المشرع قد مال الى اعتبار الواقعة مطورة مأولة بالواقعة المبتورة؛ إلا أنه جعل فيها العقاب أخف منه في واقعة القتل العمد المبتورة، لأن هذه انما هي واقعة مطورة و ليست بواقعة مبتورة. فالواقعة المطورة بالنسبة الى الواقعتين المجردة و المبتورة أشبه ما تكون بمنزلة بين المنزلتين؛ فهي أكثر تأثراً بخصائص هذه حيناً و بخصائص تلك حيناً.

و صديقان يأويان الى مائدة في مطعم ليؤتّيا غذاءهما؛ ثم يكلّم احدهما صاحبه في أمر جلل، فتمتد يداه باشارات عساها تجعل كلامه ذا بيان، فاذا بيمناه تصطدم بقدح زجاج فتهوي به من على المائدة فيتكسّر. الواقعة مجردة لا شك في ذلك. ولئن تزاحم فيها مقوما الكسر الموصوف و الكسر المعزول عن الوصف فان الغالب انما هو أول المقومين، لما جرى عليه

(١) الاشارة هَهنا بلفظتي التشريع و المشرع إنما هي الى التشريع و المشرع الوضعيين.

العرف من تحمّل اصحاب المطاعم نفقات ما يتصل فيها استعماله من أقداح و أوان قابلة للكسر. هكذا بقيت الواقعة مجردة؛ فلا ضمان ولا عقاب.[١]

ولعلنا قد ادركنا الآن أن الواقعة المجردة تفتقر الى مرجِّح في كلتا حالي بقائها مجردة أو صيرورتها واقعة مطوّرة. وقد يتردد المرجح بين الوجود و العدم لشيء واحد؛ كما هو الشأن في واقعة الحداد يضرب في دكانه حديداً يصنع منه فتستطير شرارة نار الى الطريق فتحرق رداء عابر سبيل. فان القانون المدني العراقي[٢] قد جعل من وسائل الحيطة المعتادة لدى اصحاب هذه الصناعة مرجحاً: فاذا كانت الحيطة متخذة الوسائل بقيت الواقعة مجردة فلم ينشأ عنها لصاحب الرداء حق التعويض؛ و اذا لم تكن متخذة الوسائل صارت الواقعة مطورة فنشأ الحق.

الثالثة: من الأحوال الثلاث المبحوث فيها تتلخص في ترابط واقعتين ترابطاً ناشئاً عن كون المقوم الفعلي في احداهما متمماً للمقوم الفعلي في الاخرى لأجل ترتب حكم قانوني لولا العلاقة التامة بين المقومين لانعزل هو عن الواقعة

---

(١) للواقعتين المجردة و المطورة امثلة عديدة تنفع المقارنة بينهما في المواد ٢٢١- ٢٢٦ من «القانون المدني» العراقي المتعلقة بجناية العجماء.

(٢) المادة ٢٢٧؛ قارنها بالمادة ٢٢١. و قد استعمل القانون المدني العراقي (في الفرع الثاني من الفصل الثالث من الباب الاول) لفظتي الحيطة و التحرز، و مردهما الى المعتاد في ما من شأنه الحيلولة دون احداث الضرر.

التي تعلق بها؛ أي ان هذه العلاقة نفسها تغدو مقوماً من مقومات كلّ من الواقعتين اذ يترتب عليها الحكم القانوني. فايّامّا تنظر من الواقعتين فهي مركبة على هذا النحو. فأما الشواهد الموضحة للواقعة المركبة فيحضرني منها في التشريع المدني العراقي قضية من قضايا العمل غير المشروع الواقع على المال: «فلو قال شخص لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فاني أذنته بالتجارة ثم ظهر بعد ذلك أن الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي و بالتعويض عن الاضرار الاخرى».[1] فههنا واقعتان: شخص يبلّغ أهل السوق (كذباً) أن صغيراً هو ولده وأنه قد اذنه بمزاولة اعمال التجارة وفق احكام القانون؛ ثم ذلك الصبي وقد اشترى بضاعة ممن سبق تبليغهم من أهل السوق فمضى بالبضاعة وغاب غير دافع ثمنها. والحكم القانوني المنشئ لأهل السوق حقّ مطالبة الشخص بالثمن و بالأضرار متعلق بواقعة قانونية مركبة قوامه هتان الواقعتان المفصلتان و الترابط الوثيق بينهما. فمتى انحلّ هذا القوام المركب تغيرت الواقعة المركبة فانعزل عنها الحكم القانوني المنصوص عليه او تبدّل: فلو أن الشخص لم يخبر أهل السوق، أو أن الصبي لم يبتع منهم شيئاً، اذن لما نشأ لهؤلاء حق مطالبة الشخص بثمن أو ضرر.

كذلك اتضح من التأصيل المنهجي المتقدم بيانه أن

---

(١) القانون المدني العراقي، المادة ١٨٩.

مصادر الحق، و هي أنواع الوقائع القانونية، هي التسعة الاصول التالية:-

١- الواقعة المادية المستطاعة؛

٢- الواقعة المادية المستعصية؛

٣- الواقعة الفعلية المستعصية؛

٤- الواقعة المجردة؛

٥- الواقعة الغائية؛

٦- الواقعة المبتورة؛

٧- الواقعة المحكمة؛

٨- الواقعة المطوّرة؛

٩- الواقعة المركبة.

ولمن يسلك هذا الطريق من الفقهاء و الاصوليين أن يبني على هذه الاصول ما سيهتدي اليه من قواعد و تفريعات طريفة في مجال نظرية الحق. واللّه- جلّ شأنه- قد علّم بالقلم، علّم الانسان ما لم يعلم.

٣٨- ميزان الترجيح:

لا يخفى أن المراد بالمقوم الأخطر للواقعة القانونية هو الأخطر عند الشارع من حيث اعتداده به في بناء الحكم عليها؛

و أن الشارع يعبر عن الوقائع وعن احكامها؛ و أن على مطبق القانون اقتناص الوقائع الانموذج و مقوماتها من نصوص القانون بوسائل القواعد الاصولية ذواتها المتخذة لاقتناص الأحكام. لكن المشرع، و هو نافذ الحكم، أليس يتخذ هو موازين ترجيح بين مقومات الوقائع يمكن الاهتداء الى مجامع كلياتها بوسيلة من وسائل استحصال العلوم؟ هذه مسألة جليلة الشائع في جوابها اقتضاباً ان المشرع في كل امة ينبغي ألاّ يحيد بالحكم القانوني عن مباديء عقائدها و عن وجهة تحقيق العدالة بين ابنائها؛ وانه متى حاد في تشريع فان الحكم القانوني المحاد به لن يكون من شأنه استجلاب الاحترام والالتزام من ابناء الامة في ذوات انفسهم، فيصير - لامحالة - الى نسخ أو اهمال. والى هذا الاصل ترجع القاعدة المعروفة في عدم نفاذ الحكم القانوني المتعارض مع الدستور؛ اذ الدستور يشتمل عادة على مجمل تلكم الوجهة والمباديء. ذلك و تفصيلاته في مظانها تفيدنا بعض العلم، لكنها لاتغني في تحديد اصول لموازين الرجحان عند المشرع بين مقومات الواقعة القانونية اذ يناط بها الحكم.

هذه الموازين ينبغي ان يهتدى فيها الى اصول جامعة ترتد اليها جملة المقاصد و الغايات المبثوثة في الاحكام و الوقائع القانونية لأيّ مجموعة تشريعية؛ حتى إذا ارادها المشرع للترجيح بين مقومات واقعة يراد تخصيصها بحكم ساعدته الموازين في الترجيح على اتساق مع روح القانون و غاياته العليا

في تلكم المجموعة؛ و اذا نشدها القاضي او الفقيه للتوصل الى تفسير نص او قياس حكم هدته الموازين الى مناط الحكم عند الشارع من حيث ترجيح مقوم على مقوم. و قد تمت صناعة التأصيل هذه في احدى المجموعات التشريعية الكبرى الثلاث المذكورة آنفاً، فأثمرت جوامع اصول بسطناها في الفصل الرابع تحت عنوان «المقصد العام من التشريع» على انها احدى طرق تفسير القانون و اصوله.[١] فلنختزل ههنا زبدة هاتيك الاصول المبسوطة.

وجد ان التشريع العادل هو الذي يكون جماعياً - لا طبقياً - في غاياته و مقاصده؛ وان جملة هذه المقاصد تنجمع تحت اربعة اصول هي جوامع المنافع العامة المراد تحقيقها بتشريع الاحكام: الاصل الاول تحقيق «المنافع الضرورية». والاصل الثاني تحقيق «المنافع الحاجية». والاصل الثالث تحقيق «المنافع التحسينية».

اما الاصل الرابع فتتابع درجات الاحكام القانونية من حيث نفاذها و رجحان بعضها على بعض وفق تتابع خطورة تلكم المنافع. فأحكام التحسينيات لا تراعى متى أفضت مراعاتها الى الاخلال بالحاجيات، و احكام الحاجيات لا تراعى اذا كان في مراعاتها اخلال بالضروريات.[١] فعند تحليل مقومات أيّ واقعة

---

(١) راجع المبحث ٢٦. ولذكر المجموعات التشريعية المبحث ٣٦، المبسط الاخير منه.

قديمة او جديدة يتسنى استعمال هذه الموازين لتمييز المقوم الاخطر من حيث تأدية الحكم المتناسب معه الى تحقيق منفعة من انواع المنافع الثلاث وفق تتابع درجات خطورتها عن المقومات الاخرى التي لا يصيبها الرجحان بدرجاتها فيكون من شأن ترجيحها بلا مرجح ان يفضي الى الحيدان عن موازين الترجيح.

و الحق أني لم اجد كعلماء القانون الاسلامي من جدّ في هذا الباب و وجد؛ فهم الذين اهتدوا الى صياغة هذه الموازين في اصول القانون و فلسفته. فانهم استقرأوا اعمال المكلفين فجمعوها في انواع؛ واستقرأوا الاحكام القانونية فجمعوها في انواع؛ واستقصوا تعليل الاحكام حتى تبينوا معاقده و مجامعه؛ و أفاضوا في تأصيل مسالك العلة افاضة اصيلة دقيقة لم اجد لها نظيراً في المجموعتين اللاتينية و السكسونية؛(٢) فاهتدوا بهذه الوسائل المنهجية الواقعية الى وضع جزئيات الترجيح بين مقومات الواقعة القانونية في قالبها العلمي الاجمالي المتقوّم بهذه الاصول و الموازين التي اوجزنا زبدتها في هذا المقام.

---

(١) و الى هذا الاصل ترجع قواعد كلية من علم القانون مثل : «درء المفاسد أولى من جلب المنافع»؛ انظر المادة ٨ من القانون المدني العراقي.

(٢) لهذه الوسائل المنهجية راجع المطولات من مصادر اصول القانون الاسلامي «كالمستصفى» للامام الغزالي و «الاحكام» للآمدي. و أجلّ ما قرأت في مسالك العلة كتاب «شفاء الغليل في الشبه و المخيل و مسالك التعليل» للامام الغزالي.

٣٩- أنواع الحق والقانون:

ذكرنا باديء هذا الفصل انه مادام الحق ذا قسمة الى ما هو حق عام و ما هو حق خاص فان القانون منقسم وفاقا إلى قانون عام وقانون خاص؛[١] و هذا موضع التعريج على هذا التقسيم و بيانه. لكنا لانعمد هنا الى صناعة تأصيل جديدة تضاهي ما صنعناه في شأن الواقعة القانونية و مصادر الحق. بل نكتفي بالقسمة المتفق عليها بين الاصوليين المعاصرين، بعد ان نشذب تفريعات الاقسام و تعريفاتها تشذيباً يقربها الى مناهج العلم في البحث و التقسيم. ذلك لأن الغرض ههنا منحصر في معرفة تفريع القانون على اساس من تنوع الحق؛ و التقسيم الشائع يفي بهذا المقصد - وان لم يكن الا تقسيماً تعليمياً قصاراه تسهيل تمييز بين اجزاء القانون و توضيح ارتباط التجزئة بتنوع أصل الحق. فلا التقسيم من ذلك النمط المنطقي الحاصر المانع صحة كل تقسيم آخر، ولا الباب موصد أمام ألوان اخرى من القسمة أوفى غرضاً و أدق صناعة و أقرب من مناهج العلم و العلماء.

علمنا أن الحق انما هو وضع شرعي متعلقه منفعة مادية او معنوية. فعلى وفق تنوع المنافع يتنوع الحق؛ و لا غرابة في تلون شيء بتلون بعض اركانه. فالحق - و يأتي على غراره الواجب - إما ان يكون متعلقاً بمنافع هي من قبيل المبادىء العليا

---

(١) انظر صدر المبحث ٣٢.

و الغايات السامية لابناء شعب ذي دولة؛ أو لا يكون كذلك بل يتعلق بمنافع هي ادنى عندهم خطراً و شأناً. وقد تواضع علماء القانون على تسمية الحقوق من النوع الاول بالحقوق السياسية، ومن النوع الثاني بالحقوق غير السياسية.[١] ثم ان الحقوق غير السياسية اما ان تتعلق بمنافع خاصة لكل مكلّف مكلّف داخل الاسرة او خارجها؛ او لاتكون كذلك بل تتعلق بمنافع عامة في المكلفين تنهض بولايتها الحكومة. وقد تعارفوا على تسمية الاولى بالحقوق الخاصة و المدنية، وتسمية الاخرى بالحقوق

---

(١) من الاصوليين المعاصرين من قالوا: الحقوق اما سياسية «هي التي يكسبها الشخص باعتباره عضواً في هيئة سياسية» هي مجتمع الدولة ويمكنه الاستغناء عن اكثرها؛ او غير سياسية «فهي الحقوق اللازمة للشخص باعتباره فرداً في مجتمع، والتي لايمكنه الاستغناء عنها». وهذا كلام لايشبه مقال العلم والعلماء. راجع الدكتورين عبد الرزاق السنهوري و حشمت أبو ستيت، «اصول القانون»، ص ٢٦٨. وهنالك تقسيم مختصر للحق الى سياسية «تقررها فروع القانون العام» على اعتبار الدستور واحداً منها، والى غير سياسية «تقررها فروع القانون الخاص». التقسيم مبني على اساس كون السلطة العامة او عدم كونها طرفاً في الواقعة القانونية. راجع الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، «نظرية القانون»، ص ٧٧؛ والدكتور سليمان مرقس، «شرح القانون المدني»، ج١ الصفحات ٤٤٤ - ٤٤٦.

العامة.[١]

وعلى غرار الحق يتفرع القانون الذي هو مجموعة احكام منشئة للحقوق : فالأحكام المتعلقة بالحقوق السياسية هي المسمى بالقانون الأساسي او الدستور؛ والأحكام المتعلقة بالحقوق غير السياسية تؤلف القانون الخاص و القانون العام على وفق تعلقها بما عرفنا من الحقوق الخاصة و الحقوق العامة. ثم ينشعب كلّ من القانونين العام و الخاص الى فروع. فالقانون العام يتفرع الى قانون اداري و قانون مالي و قانون جنائي و قانون لاصول تحقيق الجنايات و الى القانون الدولي العام.[٢] والقانون الخاص يتجزأ الى قانون مدني و قانون تجاري وقانون لاصول المرافعات المدنية و التجارية و الى القانون الدولي الخاص. وكل من هذه الفروع يتسنى تجزئته وتشعيبه بحسب أصناف الحقوق المندرجة تحت الأنواع الرئيسة للحق. ففي بعض الدول يُستبقى القانون المدني فرعاً جامعاً للأحكام المتعلقة بصنفي حقوق الاسرة و

---

(١) وقال معاصرون من الاصوليين: الحقوق اما مدنية و هي «التي تثبت للشخص باعتباره فرداً في اسرة» او «تثبت للشخص من ارتباطه بغيره في معاملات»، و إما عامة و «هي المقررة لحماية الشخص في نفسه و حريته وماله». هذا أحسن بعض الشيء من كلامهم في التقسيم البادىء للحق، لكنه ما يزال على مبعدة من مقال العلماء. راجع لمثله الدكتورين عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو ستيت، «اصول القانون»، الصفحتين ٢٦٨ - ٢٦٩.

(٢) قد اشتهر الخلاف في صحة اطلاق لفظ «القانون» على القانون الدولي العام لافتقاده خاصة الالزام؛ انظر الدكتورين السنهوري و ابو ستيت في كتابهما المذكور آنفاً، الصفحتين ٢٢٦ ، ٢٢٧.

الاحوال الشخصية و حقوق المعاملات المالية؛ و في بعضها تقتطع الأحكام الخاصة بأول الصنفين فتجعل فرعاً منفرداً عنوانه قانون الأحوال الشخصية. و اذا شئت الجري على هذا المنوال استطعت ان تجزيء كل واحد من فروع القانون الرئيسة شعباً مشعبة الى قوانين. فيما اقتصدنا فيه من بيان مبنى التقسيم و اصول الاقسام تجدر الاستعاضة عن الاطناب في امر هذه الشعب و الاجزاء من القانون.

. ٤- خاتمة النتائج:

و لعلنا استخلصنا الآن ملامح النظرية التي أصّلنا مقوماتها في المباحث المتقدمة. فإنها استهلت بإقرار ان القانون هو المنشيء للحقوق، و بأن الانشاء يتم من خلال الواقعة القانونية. ثم انبسطت بتحديد العناصر الاجمالية للواقعة القانونية التي هي مناط الحكم القانوني و الصلة بينه و بين الحق الذي هو وضع شرعي. ثم ابدرت بتأصيل مجامع الوقائع القانونية و تنويعها تسعة انواع. فهذه الانواع التسعة هي مصادر الحقوق و الواجبات جملة، لايشذّ عنها حق دون حق او قانون دون قانون، و لا يتّسم تنويعها المنهجي بسمات التخبط في القسمة والمنهاج.

وليس بعد ذلك على الباحث المتتبع في علم

القانون الا أن يطبّق نظرية الحق هذه على ما يشاء من ابواب القوانين وفصولها في أيّ مجموعة فقهية يختار. فاذا احسن صناعة التطبيق متّبعاً طرائق السبر و التقسيم و الاستنباط فإنه سيهتدي في كل باب من ابواب القانون الى جملة نتائج: منها تعيين الاعم الاغلب من مصادر الحقوق و الواجبات في ذلك الباب، وتحديد الاقل الاندر مما اعتُدّ به منها على سبيل الاستثناء؛ ومنها استكشاف مقاصد الشارع و علل الاحكام المبثوثة في الباب، فالتوصل الى تطبيق تلكم الأحكام القانونية على أقرب وجه الى حكمة التشريع و غاياته؛ ومنها الاهتداء الى قواعد كلية تعمّ احكام الباب كلها او بعضها. و أمثال هذه القواعد من شأنها ان تختلف باختلاف مظانها من المجموعات القانونية و من فروع القانون؛ و البحث فيها أليق بكتب علم الفقه منه بكتب اصول القانون وفلسفته. فبغية الاصولي فنّ تأصيل الاصول؛ فمتى وفِقّ فيه أتحف الفقيه بنظرية عامة متناسقة جليلة الأثر في التطبيق؛ و عندها يبلغ غاية المرام في هذا المقام.

وتلك هي مصادر الحق. فلننتقل بعدها الى مصادر القانون في الفصل السادس والأخير.

الفصل السادس

مصادر القانون

٤١- تمهيد لتقسيم مصادر القانون:

مصدر الشيء هو ما منه يصدر او يستصدر الشيء. فمصدر القانون هو مأخذه. والناس اوزاع في تقسيم مصادر القانون. فأهل القانون المعاصرون في بلاد المشرق الاسلامي اكثرهم تبع في ذلك لأهل القانون في بلاد المغرب الاوروبي. وهؤلاء يقسمون المصادر تارة الى رسمي وتفسيري، واخرى الى رسمي وتاريخي، وثالثة الى مباشر وغير مباشر؛ ثم يشعبون كلاً من هذه الاقسام شعباً عديدة. وجملة هذه التفريعات ترجع اجمالاً الى التقسيمات المذكورة في مايلي.

٤٢- قسمة اولى:-

وهي التي تراعي التتابع الزماني في صيرورة كل شعبة من تلكم الشعب مصدراً للقانون. وان ممن جرى عليها من معاصرينا الاستاذ عبد الرحمن البزاز في كتابه «مبادىء اصول القانون» (ص ١٠٤ و التاليات تباعاً)، حيث حصر المصادر في هذه الستة المتتابعة:-

١- الدين.
٢- العرف والعادة.
٣- مبادىء العدالة.
٤- سوابق القضاء.
٥- آراء الفقهاء.
٦- التشريع.

٤٣- قسمة ثانية:

والقسمة الثانية يرى فيها متبعوها رعاية قوة المصدر وتتابعها الزماني. وان ممن جرى عليها من المعاصرين الدكتور سليمان مرقس في كتابه «المدخل للعلوم القانونية» (ص ٩٤ و التاليات تباعاً)، حيث ذكر المصادر على نحو هذه خلاصة تتابعها فيه:-

١- العرف.
٢- التشريع.
٣- الدين.
٤- مبادىء القانون الطبيعي يستلهمها القضاة.
٥- السوابق القضائية.
٦- آراء الفقهاء.

والجدير بالتنبيه عليه هنا ان الثالث في تقسيم البزاز يقابل الرابع عند مرقس، واولهما اكثر توفيقاً في التعبير إذ ان «القانون الطبيعي» اسم مشكك لم يتحدد مسماه عند المتكلمين عليه في مغرب الحضارة الاوروبية.

سرى الدكتور سليمان مرقس مسار المؤلفين الفرنسيين، هؤلاء الذين ينظرون الى حقيقة ان مجموعة القانون الروماني إنما ترعرعت من الاعراف قبل ان توجد الديانة والكنيسة المسيحيّتان.

ونظر الفاضل البزاز من المجموعات القانونية العظمى الثلاث الى المجموعة الاسلامية منها فوجد الدين يسبق العرف بين مصادر القانون.

والحق ان الدين في المجموعة الرومانية ايضاً كان قد سبق العرف. فالقانون الروماني انما نشأ اذ نشأ في معابد الكهان الوثنيين قبل ميلاد السيد المسيح - عليه السلام - بقرون. ونظرة بعض المثقفين من مسيحيي الشرق الى القوانين الاوروبية على انها مسيحية لأنها رومانية الأصل، هذه النظرة ليس لها مستند صحيح من العلم والواقع والتأريخ. وان من اسس القانون الروماني ما يناقض عقيدة السيد المسيح واسسا من صرح دينه.

وما عيّن المؤلفان المذكوران، ولا الذين ساروا على المسار ذاته، الفتيا مصدراً برأسه. هذا على الرغم من ان الفتيا كانت مصدراً ذا بال في المجموعة الرومانية، وكان لها ايضاً بعض الشأن في المجموعة الاسلامية. ولعلهما اعتبراها مذكورة ضمناً في «آراء الفقهاء».

٤٤- قسمة ثالثة:

و اقول - جرياً على المنوال ذاته - لعل التقسيم التالي ان يكون اوضح للإفهام واقرب لبيان واقع الحال - ولاسيما في البلاد العربية والبلاد الاسلامية. فمصادر القانون هي:-

١- التشريع المقنن.

٢- ما جعله التشريع المقنن مصدراً.

٣- السوابق القضائية والفقه.

٤- ما كانت مادة التشريع المقنن قد اخذت منه.

ونزيد الاقسام بياناً بمثال في مجال التشريع المدني الوضعي. «القانون المدني العراقي» هو التشريع المصدر الأصل في مجال الحقوق المدنية الشخصية والعينية. شرع هذا القانون في مستهل العقد السادس من القرن الميلادي العشرين، ونصّ في الفقرة الاولى من مادته الاولى على انه «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها».

والفقرة الثانية من المادة ذاتها الزمت المحاكم بالحكم بمقتضى ثلاثة مصادر اخرى هي : العرف ، فمبادىء الشريعة الاسلامية، فقواعد العدالة. واليك نص الفقرة: «فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فمقتضى قواعد العدالة».

أما الفقرة الثالثة من المادة الاولى فقد فرضت مصدرين آخرين جعلتهما في الاسترشاد مهيمنين على المصادر الاخرى المذكورة في المادة ذاتها. هذان هما القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية، أي السوابق القضائية وآراء الفقهاء. وهذه نص الفقرة: «وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في

العراق ثم في البلاد التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية».

ها قد وجدت الأقسام الثلاثة الاول من تقسيمنا لمصادر القانون منصوصاً عليها في الفقرات الثلاث الآنفة: التشريع المقنن في الفقرة الاولى؛ وما جعله التشريع المقنن مصدراً في الفقرة الثانية، بل وفي الثالثة ايضاً؛ والسوابق القضائية والفقه في الفقرة الثالثة. أما القسم الرابع فهو ايضاً منصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة، ويتضح ذلك في النبذة التالية.

٤٥- خنوع فادح لقانون دول الاستعمار:

القانون المدني العراقي مادته سدى ولحمة من القانون الفرنسي. وكذلك شأن القانون المدني المصري والقانون المدني السوري وامثال هذه في تونس والمغرب. فجملة «وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية »إنما هي عبارة مزخرفة مبرقعة معناها في الحقيقة وواقع الامر ان المحاكم العراقية إذ تأخذ الحكم من مصادر القانون المعينة بما فيها التشريع فإنها يجب ان تسترشد في الأخذ بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في فرنسا وفي البلدان التي اتبعت القانون الفرنسي كما اتبع العراقيون. ذلك ان العراق قد كان من البلدان الاسلامية في تشريعه المدني أيام كانت محاكمه تطبق «مجلة الأحكام العدلية» المقننة من قوانين الاسلام. وفور نفاذ «القانون المدني» (ذي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١) إنسلخ العراق

من وضعه السابق وامسى من بلاد القانون الفرنسي تشريعاً وفقهاً، كما فصلناه في مقدمة الكتاب. ومن ثم اخذت المحاكم تطبق قانوناً فرنسي الشكل والمضمون والمادة في اغلبها، واخذت كليات القانون تدرس الفقه الفرنسي في كل ما يتعلق بمجال القانون المدني، الحقوق الشخصية والحقوق العينية والالتزامات والعقود.

هذا هو واقع الحال. اما الفقرة المزخرفة بعبارة «في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية» أما هذه فقد نالت في «الاسباب الموجبة» لتشريع القانون تزويقاً من دجل وتضليل لايسيغهما إلا غافل نافه. تقول الاسباب الموجبة (اي المذكرة الايضاحية): «وقد رؤي ان يكون المشروع مثالاً لما ينبغي ان يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية، فجعل مزاجاً متآلفاً يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الاسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات العربية. .ومتى تم إحياء الفقه الاسلامي على النحو المتقدم مهد السبيل للقانون المدني العربي...». إحياء الفقه الاسلامي أم إماتته وازاحته؟! إنه لعمر الحق من العجب العجاب ان يقال نريد نحيي الفقه الاسلامي بتحقيق الاعمال التالية التي حققت تحقيقاً علناً:-

١- إلغاء قانون سداه ولحمته من الفقه الاسلامي: قانون المجلة.

٢- تشريع قانون سداه ولحمته من القانون الفرنسي

والقوانين المشتقة منه: القانون المدني.

٣- جعل الشريعة الاسلامية مصدراً ثانوياً يأتي بعد العرف في عداد المصادر.

٤- جعل الأخذ من الشريعة الاسلامية عند إعواز المصادر السابقة خاضعاً للاسترشاد فيه باحكام القضاء والفقه الفرنسيين وما اشتق منهما.

٥- الأخذ هنا وهناك من قواعد من الفقه الاسلامي بقطعها عن مظان فقهها الاساس وربطها بفقه فرنسي متنافر ضمن قانون مدني اساسه الفقه الفرنسي.

٦- الاستعاضة عن الفقه الاسلامي بالفقه الفرنسي في الدراسة العالية في كليات القانون ومعاهده.

ومهما تكن الحال فتلكم القوانين الأجنبية، قوانين دول الاستعمار (بل الاستخراب)، هي التي اخذت منها مادة القانون المدني فأمست تارة المصدر الرابع من التقسيم الثالث هنا لمصادر القانون، وتارة المصدر الأول بما شرع من احكامها في صلب التشريع المدني للبلاد الخانعة على هذا النحو للحضارة الاوروبية الحديثة المستعمرة المسيطرة بقواها وبأعوانها من ابناء البلاد المغلوبة المنخلعين عن الحضارة الاسلامية العصماء - حضارة آبائهم وأجدادهم وأوطانهم. وأيّ خنوع هو افدح من هذا

في واقع الحال - ولاسيما في اوطان هي المالكة لاحدى المجموعات القانونية العظمى الثلاث في عالم الحضارات: المجموعة الرومانية، والمجموعة الاسلامية، والمجموعة السكسونية.

٤٦- بين تبصر الأصالة وعماية التبعية:

والمنصاعون للقانون الفرنسي من أعوان الحضارة الاوروبية وأتباعها ليتهم فعلوا ذلك على شيء من اثارة علم بمنابع القانون الفرنسي ومصادره في واقع الأمر التي تطور هومنها عبر قرون. ولو انهم تبصروا وكلفوا انفسهم البحث عن تلكم المصادر لوجدوا فقه اوطانهم الأسبق زماناً والأغزر احكاماً والاوسع مدارك واصولاً هو الذي استقى من ينبوعه الصافي القانون الفرنسي وغيره من قوانين بلدان الحضارة الاوروبية الجاحدة.

وخير من شاقه تبصر العلم والبحث عن الحق من رجال القانون المعاصرين صديقنا المصري وزميلنا عامين في التدريس الاستاذ المفضال المرحوم السيد عبد الله علي حسين - رحمه الله تعالى وجزاه خيراً. فقد ترجم القانون المدني الفرنسي الى العربية وماز الكثير من نصوصه التي كان مصدرها القانون الاسلامي - ولاسيما فقه المذهب المالكي. وكان - عليه الرحمة - قوآماً على هذا العمل، إذ كان خريج كلية القانون بجامعة «ليون» بفرنسا، ونبيهاً واسع الاطلاع في الفقه الاسلامي. وقد انبهه إلى الاقبال على عمله النافع الحقائق التالي ذكرها في تطور القانون

عبر التأريخ.

الحضارة الاسلامية الاندلسية كانت هي مصدر الاشعاع الى اوروبا الغربية في كل مجال علم وفلسفة وقانون. ودخل الاسلام جنوب فرنسا الى اصقاع ليون. وظل حكم الاسلام في بلاد اوروبا حتى سقوط غرناطة سنة ١٤٩٢ الميلادية. ومكثت شريعة الاسلام معمولاً بها محكوماً بها في غرب اوروبا طوال سبعمائة عام. لكن امثال هذه الجهود العلمية وأمثال اصحابها المجاهدين في بلادنا اليوم إنما تقبر ويقبرون وتحبط ويحبطون، ولاينالهما شيء من العون والرعاية والمدد المقصور على اعوان المستعمرين الدعاة الى الخنوع لحضارتهم - حضارة الدجل والظلم والدمار. فلنلتفت هنا إلتفاتة عاجلة الى مصادر القانون في الاسلام.

٤٧- مصادر القانون في فقه الاسلام:

فقه الاسلام اوسع نطاقاً واجلّ غايات واكثر تنوعاً في المصادر والاصول. وتكفى تأسيساً لذلك كله واحدة من جوامع الكلم المروية عن رسول اللهّ - صلى الله عليه وآله والمهتدين يهديه - هي قوله: «الكلمة الحكمة ضالة المؤمن فحيثما وجدها فهو أحق بها». و اوسعَ المصادر بحثاً علماء اصول الفقه في كتبهم المفصلة تفصيلاً لايحاط به في هذا المقام. وخير معاصر عدّد هذه المصادر على ايجاز وترتيب صديقنا المفضال وزميل أيام التدريس الاستاذ محمد شفيق العاني، رئيس «محكمة تمييز

العراق». لقد عرضها في نحو ثلاثة عشر مصدراً في كتابه «الفقه الاسلامي» (ص ١٧-٣٩). ونحن ذاكرون هذه كلها - إن شاء اللهّ تعالى - ومزيداً عليها، لكن على نسق ومنهج غير ما درج عليه معاصرونا والأسلاف.

نرى مصادر القانون الاسلامي قابلة للتنويع الى نوعين، مصادر إلزام، ومصادر استثمار. أما مصادر الالزام فهي التالية ذكراً:-

١- الكتاب المجيد.

٢- السنة الشريفة.

٣- إجماع الامة.

٤- قرارات مجلس الشورى لدولة الاسلام.

هذه مصادر ملزمة لا يتسنى مخالفة احكامها. والاحكام الثابتة بإجماع الامة هي المعلومة من الاسلام بالضرورة ولا يسع جهلها بالغا عاقلا هو من افراد الامة، مثل كون البيع حلالا والربا حراماً. والحكم القانوني الصادر من مجلس الشورى في دار الاسلام ملزم لجميع المسلمين إلزاما تاما، إلا الذين يتعرضون للاكراه على ما يخالفه لوجودهم خارج دار الاسلام. أما الكتاب والسنة فمعروفان معلومان، وتفصيلات العلم بأوجه تلقي الاحكام منهما مبسوطة في المراجع المطولة لأصول الفقه. ويعقب هذه الاربعة مصادر الاستثمار، مرتبة هنا بحسب الاهمية،

ومعروضة في تسلسل غير منقطع لجملة المصادر كما يلي:-

٥- آثار الاصحاب من فقه وقضاء وفتوى واجماع.

٦- القياس والعقل والاجتهاد.

٧- إجماع الفقهاء والمجتهدين واختلافهم.

٨-القواعد الكلية الشرعية.

٩- علل الأحكام الشرعية.

١٠- الاستصحاب.

١١-العرف.

١٢-المصالح المعتبرة والمصالح المرسلة.

١٣- سد الذرائع.

١٤- سوابق القضاء والفتيا.

١٥-الاستحسان.

١٦-مدارك العدالة.

١٧-الشرائع السالفة.

تلك هي جملة مصادر القانون في المجموعةالاسلامية. وقد رأينا تعددها وتنوعها وتلمّسنا معالم

ثرائها النظري والتطبيقي. ويستحسن هنا مزيد بيان في امرين. أولهما ان بعض الفقهاء قد خالفوا في الاعتداد ببعض مصادرالاستثمار. فالإستحسان مرفوض عند الامام الشافعي- رضي الله تعالى عنه- مقبول عند فقهاء المدارس الحنفية والمالكية والحنبلية- على اختلاف بين هذه في حدودالاستحسان ومدى استعماله. وكذلك الشأن في المصالح المرسلة بين منصرف عنها كالامام الشافعي ومنصرف اليها كالامامين مالك واحمد- رضي الله تعالى عنهم اجمعين وجزاهم خيراً. ومثل هذين في مظنة الخلاف الشرائع السالفة بين معتدّ وغير معتدّ من احكامها بصنوف.

والامر الثاني توضيح ما لم يعرف من ألقاب مصادر الاستثمار بين المكتفين في علوم القانون بما يلقى إليهم فيتلقفونه من فتات مائدة الفقه الفرنسي. والتوضيح في النبذ التاليات.

٤٨- ألإستصحاب:

هو اعتبار ثبوت أمر في الزمان الحاضر بناء على ثبوته في الأزمنة الماضية. فالأمر الذي قد تحقق وجوده ثم طرأ الشك في عدمه فالأصل اعتبار استمراره موجوداً؛ والأمر الذي قد تحقق عدمه ثم طرأ الشك في وجوده فالأصل اعتباره معدوماً. وهذا مثال للتوضيح: اشترى شخص كلب صيد، ثم ادعى أن الكلب غير معلّم ولا يعرف الصيادة. تسمع دعواه. لأن الاصل

المُحقق في الكلب عدم معرفة الصيادة، فالتعليم الطارئ يحتاج في اثباته الى بينّة. هذا اعتبار للعدم. واليك اعتبار الوجود في مثال: يفقد زيد، فيدعي ميراثه عبيد الذي من شأنه أن يرث المفقود إن كان ميتاً. تردُّ دعواه ما لم تقم بينّة تنتج علماً بوفاة زيد. لأن الأصل بقاء حياة زيد التي كانت محققة الوجود قبل طريان الشك، فيستصحب الأصل حتى يعلم خلافه.

ولهذا المصدر من مصادر القانون خمسة أنواع ترتجى تفصيلاتها في مراجع اصول القانون الاسلامي وفقهه. وخير من أوجزها استاذنا العلامة السيد محمد الخضر حسين- رحمه اللّه تعالى بلطفه وأناله جزاء المجاهدين- في كتاب «الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان» (ص٢٩- ٣٢).

٤٩- المصالح المعتبرة والمصالح المرسلة:

من ارتاد رياض فقه الاسلام وشريعته وقوانينه وجد حق اليقين أن أحكامها وقواعدها هي القائمة على رعاية مصالح الانسان في حياته الموقتة في دار الدنيا ثم في حياته الدائمة في دار الخلود. والمصالح ثلاثة اصناف: أ- ما قام الدليل الشرعي على الإعتداد بها. ب- ما قام الدليل الشرعي على عدم الإعتداد بها. جـ- ما لم يقم دليل شرعي على خصوص الاعتداد او عدم الإعتداد بها. ولا نزاع بين فقهاء المسلمين في الأخذ بأول الاصناف الثلاثة، ولا في ترك ثاني الأصناف.

أما المصلحة المرسلة، وهي الصنف الثالث، فهي كما قد بان آنفاً تلك التي لم يقم دليل معين على اعتبارها أو على إلغائها، ولذلك وصفت بالمرسلة. واليك أمثلة هذه المصالح.

مثال الصنف الاول: أن المشرع نص على تحريم الخمر رعاية لمصلحة حفظ العقل وصيانة الجسد.فاذا عرض على الفقيه المجتهد مطعوم آخر مثل «القات» يؤثر على العقل والجسد مثل تأثير الخمر ذهب الفقيه الى تحريمه اعتداداً بالمصلحة التي رعاها المشرع في تحريم الخمر.

ومثال الصنف الثاني: عدم مقاتلة العدو والمعتدي المتوثب لمهاجمة الوطن، رجاء حفظ النفوس من القتل. فالحفظ من القتل هنا مصلحة ألغاها المشرع إذ عارضتها مصلحة اخرى هي أهم وأرجح، ألا وهي الذب عن حياض الوطن دينه وماله ومواطنيه فاحتفاظ الامة بالعزة والكرامة والاستقلال والاصالة والتقدم في مضمار الحياة. ومشرع الاسلام هو الحكيم لا يلغي مصلحة إلا اذا عارضت مصلحة أعظم وأرجى.

ومثال الصنف الأخير: في قضاء اصحاب رسول الله - صلى الله وسلم عليه وآله وأصحابه- بتضمين الصنّاع. فمجتمع الناس في حاجة ماسة الى الصنّاع، كالخياط والنجار واشباههما، والخياط مثلاً يأخذ القماش من صاحبه الى حوزته. فاذا ادعى ضياع القماش أو تلفه ولم يقم بينة على أن ذلك بغير سبب منه قضي عليه بالضمان تحقيقاً لمصلحة الحفاظ على أموال

الناس في ايدي الصنّاع. وإلى «ضمان الصنّاع» أشار أمير المؤمنين علي ابن ابي طالب -كرم الله وجهه- حين قال: «لا يصلح الناس إلا ذاك». ولمزيد من الأمثلة التطبيقية إقرأ الكتاب المشار اليه آنفاً للاستاذ محمد الخضر حسين (ص٤٥- ٥١).

٥- سدّ الذرائع:

مر علينا في أوائل هذا الكتاب أن عمل الإنسان المكلف هو الموضوع العام للقوانين والشرائع. ولنعلم هنا أن أعمال الانسان منها ما لا يشتمل بنفسه على مفسدة لكنه يفضي الى مفسدة بأن يتخذ لها وسيلة قريبة، كالدلالة لظالم على مكان شخص بريء ليفتك به فيزهق نفساً محرمة. فلا ينبغي أن تسيب المباحات حتى تتخذ ذريعة للمفاسد.

والذرائع منها ثلاثة أصناف: أ- ما أجمع الفقهاء على سدها؛ وهي الذريعة تفضي الى مفسدة قطعاً أو على أغلب الظن. ب- ما أجمع الفقهاء على تركها وعدم الالتفات اليها؛ وهي الذريعة لا تفضي الى مفسدة إلا على سبيل الشذوذ والندور. ج- ما تتردد بين أن تفضي أو لا تفضي إلى مفسدة؛ وهي الذريعة تختلف باختلاف الأحوال وتتباين فيها أنظار الفقهاء.

الاولى: كحفر الآبار على قارعة الطريق ومظنة وقوع المارين فيها، وكصنع الخمور واستحضارها لمضرة العقول

والاجسام. والثانية: كغراسة الأعناب، فانها قد تتخذ وسيلة الى اعتصار الخمر، لكن هذه المفسدة شاذة نادرة يغض الطرف عنها إلى جانب منافع الأعناب فاكهة وعصيراً طيباً وزبيباً قوتاً. والثالثة: كبعض عقود السلم.وصورته أن يبيع خالد لنزار سلعة بخمسة عشر ديناراً إلى أجل يدفع الثمن عند حلوله؛ لكن نزارا يبيع السلعة ذاتها لخالد حالاً عاجلاً بعشرة دنانير يقبضها من خالد؛ وتبقى ذمة نزار مدينة لخالد بخمسة عشر ديناراً تدفع عند حلول الأجل. هكذا ينقلب هذا الضرب من السلم مشتملاً على معني الربا من جميع اطرافه ، وذريعة إلى مفسدة الربا على صورة عقدين متغايرين. ومن ثم ذهب أئمة كبار الى منع هذه المعاملة حيث يشيع قصد الناس فيها الي القرض بمنفعة؛ واقتنصوا الحكم من مصدر سد الذرائع. على أن آخرين تغاضوا عن المعاملة لسبب من نظرهم الى الشكل القانوني من عقدين متغايرين تمت بهما المعاملة: عقد سلم آجل، وعقد بيع عاجل- كما رأيت. وعندي أنها حيلة شرعية تتخذ ذريعة لاستحلال الربا.

٥١- الاستحسان:

ذكرنا قبل صفحات أن من الفقهاء من عد الاستحسان مصدراً ومن رده. وبدا لي بعد تتبع الأمر أن العد والرد ليسا واردين على شيء واحد. فالراد يعني بالمردود ما يستحسن الرأي دونما استثمار من أدلة الأحكام وقواعدها. والقابل يقصد بمصطلح الاستحسان الى الاختيار بين الأدلة.

فالاستحسان عندهم هو الأخذ باقوى الدليلين، كما قال ابو الوليد الباجي؛ أو الجمع بين الأدلة المتعارضة، كما قال ابن رشد الحفيد؛ أو العدول عن نص عام الى نص خاص، كما قال فقهاء مدرسة أبي حنيفة النعمان- جزاهم الله بلطفه خير جزاء المجتهدين المجاهدين. وإذا طاب لذي علم مزيد من البيان فله الذهاب الى المراجع المطولة في اصول الفقه، «كالمستصفى» للامام الغزالي و «الإحكام في اصول الأحكام» للآمدي. ومنّا لهم جميعاً صافي الشكر ووافي الاحترام.

٥٢- إجماع الأصحاب:

مرادنا من الصاحب والصحابي من لقي رسول الله - صلى الله عليه وسلم- وآمن برسالته وطالت صحبته ومات وهو مسلم. وقد رأينا مكانة علمهم الذي عددناه الخامس من مصادر القانون السبعة عشر. اما إجماع جيلهم على عمل أو حكم شرعي فيرقى الى مثابة مصادر الالزام. فإنهم هم الذين عايشوا النبي -صلى الله وسلم على النبي وعليهم - وعاصروه ونقلوا علمه وشريعته. فإن وجد نص و وجد على خلاف حكمه العمل المجمع عليه المستقر من الأصحاب فذلك دليل على أن حكم النص قد تناوله النسخ بعد نفاذه. وقد فصلنا بيان النسخ في الفصل المعقود لخصائص القانون.

وذهب العلامة ابن حزم الظاهري الاندلسي الى ان الاجماع المعتبر مصدراً من مصادر قانون الاسلام إنما هو إجماع

الأصحاب ليس إلاّ.

٥٣- خاتمة ودعاء:

واجماع الأصحاب الكرام فيه مسك الختام.وفي إتباع خير الأنام عليه وآله وأصحابه أفضل الصلاة والسلام عليّ أن اذكر هنا بالخير والدعاء راحلين عزيزين أولياني في طلب العلم المكارم واليد البيضاء: هما والدي العلامة الاصولي الذي ما وجدت قطّ أبرع منه في استثمار كليات الاصول لاستنباط جزئيات الفروع؛ و والدتي التي طالما أشرقت سيما الامومة عندها في معونة المحتاجين من طلاب العلوم كل العلوم. أللهم الفردوس الأعلى برحمتك والكرم اللائق بذاتك الأقدس. تبارك ربنا وتعالى وتقدس.

فهرس المراجع

العربية

- إبن حزم ، علي ابن حزم ، الظاهري (المتوفى ٤٥٨ هـ): «المحلى» ، تحقيق الشيخ احمد محمد شاكر ، القاهرة ١٣٤٧ - ١٣٥٢ هـ .

- إبن خلكان ، شمس الدين - (المتوفى ٦٨١ هـ) : «وفيات الأعيان» ، بولاق ١٢٩٩ هـ.

- إبن رشد ، محمد ابن احمد القرطبي الحفيد ، العلامة - (المتوفى ٥٩٥ هـ) : «بداية المجتهد ونهاية المقتصد» ، القاهرة ١٣٧١ هـ.

- إبن الفرات ، اسد - (المتوفى ٢٣١ هـ) : «المدونة الكبرى» ، القاهرة ١٣٢٣ هـ.

- إبن الهمام ، كمال الدين محمد ابن عبد الواحد ، الكمال - (المتوفى ٨٦١ هـ): «فتح القدير» ، مصر بولاق ١٣١٥ هـ.

- أبو السعود ، حسن محمد -: «مذكرات في اصول القانون» ، بغداد ١٩٤٠ - ١٩٤١ م.

- البزاز ، عبد الرحمن - : «مبادىء اصول القانون» ، الطبعة الثانية ، بغداد ١٣٧٧ هـ ١٩٥٨ م.

- التفتازاني ، سعد الدين عمر ، العلامة - : «التلويح» ، مصر ١٣٧٧ هـ.

- التفتازاني ، سعد الدين عمر ، العلامة - : «شرح المقاصد» (فرغ من تأليف الكتاب عام ٧٨٤ هـ) ، الآستانة ١٣٠٥ هـ.

- الجواليقي ، ابو منصور موهوب ابن احمد ، -(المتوفى ٥٤٠ هـ): «المعرّب» ، تحقيق الشيخ احمد محمد شاكر ، القاهرة ١٣٦١ هـ.

- خلاف ، الشيخ عبد الوهاب -: «علم اصول الفقه وخلاصة تأريخ التشريع الاسلامي» ، القاهرة.١٣٦١هـ.

- الزيات ، الدكتور عبدو حسن - : «المدخل لدراسة القانون» ، بغداد ١٩٣٧ .

- السرخسي ، محمد ابن احمد ، الامام - (المتوفى ٤٨٣): «المبسوط» (في ثلاثين مجلداً) ، القاهرة ١٣٢٤ - ١٣٣١ هـ.

- السنهوري ، عبد الرزاق احمد ، الدكتور-: «اصول القانون او المدخل لدراسة القانون» ، القاهرة ١٩٣٨ م.

- الشافعي ، محمد ابن إدريس ، الامام - (المتوفى ٢٠٤ هـ): «ألام» ، بولاق ١٣٢١ - ١٣٢٦ هـ. ويحتوي المجلد السابع منه على الكتب التالية :- ١- «كتاب اختلاف الحديث».

٢- «كتاب اختلاف العراقيين». ٣- «كتاب الرد على محمد ابن الحسن». ٤- «مسند الشافعي».

- الشافعي : «جماع العلم» ، تحقيق الشيخ احمد محمد شاكر ، القاهرة ١٣٥٩ هـ.

- الشافعي : «الرسالة» ، تحقيق الشيخ احمد محمد شاكر ، القاهرة ١٣٥٧.

- الشيباني ، محمد ابن الحسن ، الامام (المتوفى ١٨٩ هـ): «الحجة على اهل المدينة» ، الطبعة الثالثة ، بيروت ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م.

- الشاطبي ، ابراهيم ابن موسى - (المتوفى ٧٩٠): «الموافقات»، القاهرة ، تأريخ الطبع مهمل.

- عبد الفتاح عبد الباقي ، الدكتور -: «نظرية الحق» ، مصر ١٩٦٥.

- الغزالي ، محمد ابن محمد ، الامام - (المتوفى ٥٠٥ هـ): «المستصفى» ، القاهرة ١٣٥٦ هـ ١٩٣٧ م.

- الغزالي ، الامام -: «شفاء الغليل في الشبه والمخيل ومسالك التعليل» ، بغداد ١٣٩٠ هـ.

- كيروفسكي ، ليون - ، أحد اساتذة كلية القانون بجامعة وارشو : محاضرات القيت خلال سنتي ٢ - ١٩٦١ ثم ترجمت

الى العربية ونشرتها دار الطليعة في بيروت بعنوان «المالية العامة في الدول الاشتراكية».

- كيرة ، الدكتور حسن - : «المدخل الى القانون» ، الاسكندرية ١٩٦٩.

- مؤنس ، الدكتور حسين - «تأريخ الفكر الاندلسي» ترجمة عربية لكتاب بالنثيا.

- محمصاني ، الدكتور صبحي -: «فلسفة التشريع في الاسلام» ، الطبعة الثالثة بيروت ١٣٨٠ هـ ١٩٦١ م.

- مرقس ، الدكتور سليمان - : «المدخل للعلوم القانونية» ، جزء من «شرح القانون المدني المصري»، القاهرة ١٩٦٤ - ١٩٦٨.

- مصطفى ، الدكتور عبد الله - ، «الرقابة المالية العامة»، بغداد ١٣٨٤ هـ ١٩٦٤ م.

الأجنبية

- Allen , " Law in the Making" Oxford , 1930.

- Fitzgerald , V., " The Alleged Debt of Roman to Islamic Law",being an Article in"The Law Quarterly Review",Vol.67" Januery,1951.

- Friedmann , W., "Legal Theory", London, .1953.

- Geny, F., "Methode d'Interpretation et sources en

Droit Prive Positif", Paris, 1954.

- Gaius: See Poste.
- Goadby, F.M.,"Introduction to the Study of Law."
- Hegel: See Knox.
- Knox, "Hegel's Theory of Rights", Translation With Notes, Oxford , 1953.
- Korkunov , "General Theory of Law", Translation from Russian into Eenglish.
- Lee, R.W., "Elements of Roman Law," being Translation and a commentary on the "Institutes" of Justinian, London, 1949.
- Mellone S.H,"Elements of Modern Logice," London ,1949.
- Ostroraog ,Count Leons, "The Angora Reforms," London , 1927.
- Nicholson , R.A., "A Literary History of the Arabs", Cambridge, 1953.
- Poste, E., "Institutions of Roman Law," being a commentary on and a translation of the "Institutes" by Gaius, London , 1904.
- Renan, E., "Averroes et Averroism," Paris, 1861.
- Salmond , " Jurisprudence", 11th ed. London , 1957.
- Wilson, "Digest of Anglo - Muhammadan Law", Calcutta,1921.



فهرس المباحث



فهرس الفصول

ص ص

